Ueber

Auslegung der Gesetze

und über Analogie

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Landesuniversität Rostock

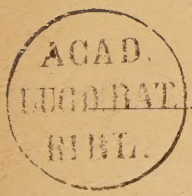
zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Walther Nord

Referendar in Hamburg



Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1902

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0025

Litteratur.

Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen (1872).

Bähr, Urteile des Reichsgerichts (1883) S. 9 ff.

Bähr, Zur Beurteilung des Entwurfs (1888) S. 10 ff.

Bekker, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 34 S. 72 ff. (1895).

Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. I S. 213 ff. S. 450 ff. (1885).

Brinz, Lehrbuch der Pandekten Bd. I 2 A. S. 117 ff. (1873).

Burchardi, Die Wissenschaft und Kunst der Rechtsfindung (1869).

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I (1898).

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I S. 96 ff. (1900).

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 22 ff. (1897).

Danz, Gesetzesauslegung und das Leben in Grünhut's Zeitschrift Bd. 24 S. 611 ff.

Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. I 5 A. S. 15 ff. (1894).

Dernburg, Pandekten 5 A. Bd. I S. 75 ff. (1896).

Deutschmann, Gruchots Beiträge Bd. 23 S. 805 ff. (1880).

Eck, Vorträge S. 30.

Eisele, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 23 S. 122 ff. (1885).

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs 3 u. 4 A. Bd. I S. 41 ff. (1898).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 24. S. 49 ff.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht Bd. I S. 18 ff. (1900).

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht 7 A. S. 70 ff. (1890).

Gareis, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. S. XXXIX f. (1900).
Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I S. 139 ff. (1895).
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 2 A. Bd. I S. 301 ff. (1874).
Goldschmidt, Ztschr. für Handelsrecht Bd. X S. 40 ff. (1866).
Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch 4. A. I S. 42—56 (1894).
Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 28 ff. (1897).
Hölder, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 73 S. 8 ff. (1888).
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. S. 15 ff. (1900).
Hölder, Pandekten, Allgemeine Lehren S. 40 ff. (1891).
Hufeland, Geist des römischen Rechts, Erster Teil II (1815).
Jhering, Geist des römischen Rechts Bd. I 4 A. S. 25 ff. II, 2. 3 A. S. 293 ff. S. 427 ff. III, 3 A. S. 1 ff. 178 ff. 206 ff. 318 ff. 327 ff.
Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts Bd. I S. 18 ff. (1839).
Klöppel, Gruchot's Beiträge Bd. 32 S. 627 ff.
Kohler, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 79 S. 46 ff. (1892).
Kohler, Grünhut's Zeitschrift Bd. 13 S. 1 ff.
Kohler, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 36 S. 514 ff. (1894).
Krug, Grundsätze der Gesetzesauslegung (1848).
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Erster Teil S. 16 ff. (1898).
Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts (1857).
Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. und des ALR. S. 1 f. (1889).
Liszt, Lehrbuch des Strafrechts 9 A. S. 82 ff. (1899).
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3 A. Bd. I. S. 33 ff. (1900).
Merkel in Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts Bd. II S. 76 ff. (1871) IV S. 75 ff. (1877).

Merkel, Juristische Encyklopädie §§ 348 ff. (1885).
Meyer, Gruchot's Beiträge Bd. 23 S. 1 ff.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. Bd. I.
Niemeyer, Das internationale Privatrecht des BGB. (1901). S. 34 f.
Planck, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. 2 A. (1898) S. 27 ff.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. I.
Puchta, Pandekten 7. A. besorgt von Rudorff S. 27 ff. (1853).
Regelsberger, Pandekten Bd. I S. 68 ff. S. 140 ff. (1893).
Reuterskiöld, Über Rechtsauslegung (Separatausgabe) (1899).
Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. I S. 206 ff. (1840).
Schaffrath, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze (1842).
Sohm, Institutionen des römischen Rechts 6 A. S. 17 ff. (1896).
Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts 2 A. (1806).
Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 133 ff. (1851)
Unger, Östreichisches Privatrecht 4. A. I S. 95 (1876).
Vangerow, Pandekten 7. A. Bd. I S. 50 ff. (1865).
Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechtes Bd. I S. 254 ff. (1885).
Wächter, Pandekten Bd. I S. 126 ff. (1880).
Wächter, Würtembergisches Privatrecht II S. 54 ff. S. 133 ff. (1842).
Windscheid, Pandekten I 7 A. (1891) S. 50 ff. 8. A. bearbeitet von Kipp S. 81 ff. (1900).
Zernik, Begriff und Voraussetzungen der extensiven Auslegung und der Analogie. Greifswalder Dissertation. Greifswald 1895.
Zitelmann, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs I. Allg. Teil S. 4 f. S. 17 (1900).

Herr Professor Dr. B. Matthiaß in Rostock hat mir bei Anfertigung der Arbeit freundlichst mit Ratschlägen zur Seite gestanden. Es ist mir eine angenehme Pflicht, hierfür auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.

Inhalt.

Seite

§ 1. Grund und Zweck der Auslegung 9

I. Grund der Auslegung. S. 9.
Unmöglichkeit der Erkenntnis des Gesetzes ohne Auslegung und Notwendigkeit der Anwendung auf Lebensverhältnisse. Folgerungen aus diesen Gründen. Gesetzesauslegung und Auslegung anderer auf Lebensverhältnisse bezüglicher Erklärungen.

II. Zweck der Auslegung. S. 16.

§ 2. Wesen der Auslegung. Einfluß des Wesens des Gesetzes 17

Die Auslegung berücksichtigt:
1) daß das Gesetz in Worten erklärt ist,
2) daß das Gesetz allgemeiner Wille ist,
3) daß das Gesetz „Wille" ist,
4) daß das Gesetz „Ordnung der Lebensverhältnisse" ist,
5) daß das Gesetz ein Teil des Rechts ist,
6) daß das Gesetz ein System ist.

§ 3. Ist Gegenstand der Auslegung der Wille des Gesetzgebers? 23

I. Wesen des Streites und Litteratur. S. 23.

II. Gesetz und Gesetzgeber. Ist eine Konstruktion dieser Ansicht möglich? S. 28.
Auf welche Art kann der Wille des Gesetzgebers sich nach Publikation des Gesetzes

Seite

Geltung verschaffen? Ist der Gesetzgeber berechtigt, nach Publikation des Gesetzes noch Einfluß auf das Gesetz zu üben?

III. Wer ist Gesetzgeber und was ist Wille des Gesetzgebers? S. 34.

1. Schwierigkeit einer bestimmten Feststellung dessen, was man als Willen des Gesetzgebers ansehen könnte.
2. Wer ist der „Gesetzgeber"?
   Verfasser des Gesetzes. Gesetzgebende Faktoren.
3. Welche Bedeutung hat der im „Gesetzgeber" vorhandene Wille?
   a) der vom Gesetzgeber vorgestellte Inhalt des Gesetzes.
   b) Natur der Willenserklärung überhaupt und Bedeutung des inneren Willens für sie.
   c) Das über den innern Willen Geäußerte ist nicht Wille, sondern Erklärung und zwar in zweiter Linie stehende Erklärung.
   d) Besondere Natur der im Gesetz liegenden Willenserklärung.
      α) Sie ist losgelöster von dem umgebenden Rahmen.
      β) Sie ist dennoch nicht getrennt von demselben.
      γ) Ihr Rahmen ist das Volksleben.
      δ) Ein besonders wichtiges Stück desselben sind die übrigen Erklärungen des Gesetzgebers.
   e) Eigenschaften der außerhalb des Gesetzes stehenden Erklärungen des Gesetzgebers.

§ 4. Gegenstand der Auslegung ist der Wille des Gesetzes. 49

1. Dies ist die Meinung des Gesetzgebers. Seite
2. Das Gesetz wird bestimmt durch die Ordnung im System, durch den Zusammenhang mit andern Gesetzen und durch die Veränderung der Lebensverhältnisse.
3. Subjekt des Willens.

§ 5. Auslegung im allgemeinen 55
I. Subjekt der Auslegung. S. 55.
II. Wesen der Auslegungsthätigkeit. Auslegung und Verständnis. S. 56.
III. Auslegung dunkler und nicht dunkler Gesetze. S. 59.
IV. Strikte Auslegung und freie Auslegung. S. 60.
V. Positive Bestimmungen in früheren Rechten. S. 61.
VI. Auslegung ruht auf Überzeugung. Auslegung keine Rechtsschöpfung. S. 62.

§ 6. Wesen der Analogie 64
1. Notwendigkeit der Analogie.
2. Ableitung aus dem Gesetz.
3. Das analogische Verfahren.

§ 7. Rechtsgrund der Analogie. 71
I. Theoretische Erörterung. S. 71.
II. Vorschriften des positiven Rechts über Analogie. S. 74.

§ 8. Ist Analogie Auslegung? 76
I. Litteratur. S. 76.
II. Theoretische Erörterung. S. 78.
1. Grundlagen des Streites.
2. Analogie ist Auslegung im weiteren Sinne.
3. Wesentlicher Unterschied von anderer Auslegung.
a) Andere Methode. Analogie bewirkt wirkliche Ausdehnung.

Seite

b) Weitergehende und anders geartete Resultate. Ausfüllung von Lücken. Binding's Theorie.
c) Analogie beim ius singulare.
d) Eine spezielle Veranlassung.
e) Ein besonderer Rechtsgrund.

§ 9. Analogie und positives Recht. Natur der Sache 96

I. Unterschied der analogisch gefundenen Normen von anderen positiven Normen. S. 96.
II. Natur der Sache im allgemeinen. S. 98.
III. Gründe für die Anwendung der Natur der Sache und das Maß ihrer Anwendung. S. 101.

§ 1. Grund und Zweck der Auslegung.

I. Die Auslegung der Gesetze[1] wird durch zwei Gründe hervorgerufen, deren einer im Gesetze liegt, der andere in uns selbst. In dem Wesen der Gesetze liegt es, daß sie auf Lebensverhältnisse Anwendung finden. In unserer Unvollkommenheit liegt es, daß wir nicht imstande sind, unmittelbar, d. h. ohne Auslegung den vollen Inhalt der Gesetze zu erkennen und damit diese Übertragung der Gesetze auf die Lebensverhältnisse in richtiger Weise zu bewerkstelligen.

Während dieser zweite Grund der Gesetzesauslegung auch bei jeder andern menschlichen auf Erkenntnis gerichteten Thätigkeit, vor allem also bei der Auslegung auch jeder anderen Geistesschöpfung, vorliegt, ist der erste, etwas dem Gesetz Eigentümliches. Daraus ergiebt sich schon das Verhältnis dieser beiden Gründe zu einander. Unsere Unfähigkeit, mit einem Blick die ganze Tragweite des Gesetzes zu überschauen ist die ganz allgemeine Voraussetzung der Auslegung. Die Notwendigkeit, die Gesetze auf das Leben anzuwenden, ist dagegen recht eigentlich die immer von neuem hervortretende besondere Veranlassung der Auslegung. Wäre die Notwendigkeit nicht vorhanden, so brauchten wir uns, von dem Bedürfnis nach bloßer wissenschaftlicher Erkenntnis abgesehen, wenig um die Auslegung zu kümmern. Sie

[1]) Das ungeschriebene Gewohnheitsrecht ist eigentlicher Auslegung nicht fähig. Es tritt uns von vorneherein in der Gestalt menschlicher Handlungen, in seiner Anwendung auf die Lebensverhältnisse entgegen, während die Auslegung des Gesetzes gerade erforschen will, wie sich das abstrakte Gesetzeswort zu den konkreten Erscheinungen des Lebens verhält. Eine analoge Aufgabe erwächst beim Gewohnheitsrecht in der Notwendigkeit, das Dasein des Gewohnheitsrechts zu ermitteln. Vgl. Regelsberger S. 141. Windscheid S. 81. Crome S. 96.

treibt uns, vom ersten Augenblick der Geltung des Gesetzes unsere Kraft auf die Ermittlung seines Inhaltes zu verwenden, um es auf die Lebensverhältnisse anzuwenden. Sie treibt uns, immer wieder und immer genauer das Gesetz zu durchforschen, um alle schon bekannten Lebensverhältnisse auf die gerechteste und dem Gesetz am meisten entsprechende Art zu normieren und für alle neu auftauchenden Verhältnisse eine Regel aus ihm entnehmen zu können.

Es handelt sich aber bei diesem Grunde um folgendes. Jedes Gesetz ist auf Geltung im Leben gerichtet. Kein Gesetz ist nur dazu gegeben, damit man es lese und sich an seiner Erkenntnis freue. Jedes Gesetz will ins Leben übergehen, es will angewendet werden. Diese Anwendung aber ist nur statthaft, wenn das Gesetz und das zu beurteilende Lebensverhältnis, das Wort und die That, sich genau decken.

Nun liegt es aber einerseits in der Unvollkommenheit der menschlichen Erklärungsmittel, zumal eines für die allgemeinste Wirkung berechneten Erklärungsmittels, wie der Gesetzestext es darstellt, andrerseits in der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse begründet, daß es in unzähligen Fällen nicht unmittelbar wahrgenommen werden kann, ob diese Deckung vorhanden ist oder nicht. Deshalb müssen wir den Inhalt des Gesetzes über das Leben ausbreiten, das Leben mit seinem Inhalt bedecken. Zu diesem Zweck verwenden wir auf das Gesetz ein besonderes Verfahren. Dieses Verfahren ist eben die Auslegung.

Aus diesem eigentümlichen Grunde ergeben sich manche Besonderheiten der Gesetzesauslegung.

Auch die Werke eines Dichters, eines Philosophen werden „ausgelegt“. Aber etwas ganz anderes beabsichtigt die Auslegung hier. Der Zweck dieser Werke ist, durch ihre Erkenntnis zu erfreuen oder zu belehren. Dieser Zweck aber wird auf ganz andere Weise erreicht, als wenn die Erkenntnis sich auf die Anwendung im wirklichen Leben richtet. Hier hat die Auslegung ihr Geschäft beendigt, wenn sie uns das, was der Verfasser sagen wollte, zum Bewußt-

sein gebracht hat. Unsere Vorstellung, bis zu einem gewissen Grade unsere Phantasie, allein ist entscheidend. Wir sollen uns das Richtige denken, ein richtiges Bild machen, wenn wir diese Werke lesen. Im Besitz dieses Bildes greifen wir doch auf wirklich existierende Gegenstände nicht hinüber. Dieses Bild mag daher auch, wenn es im großen deutlich ist und daher bei allen gleichmäßig entsteht, im einzelnen der Phantasie freien Raum lassen. Das Gesetz dagegen soll, wenn es erkannt ist, auf die so zahlreichen, einander so sehr ähnelnden und doch verschiedenen Lebensverhältnisse übertragen werden. Jedes einzelne Verhältnis soll mit sicheren Gründen aus ihm normiert werden. Die Richtigkeit der Erkenntnis des Gesetzes soll an dem wirklichen Leben geprüft werden.

Aus der auf das praktische Leben gerichteten Natur des Gesetzes als Grundlage der Auslegung erklärt es sich allein, daß die Auslegung immer und überall geleitet wird von der Rücksicht auf die Lebensverhältnisse. Das Gesetz als geistige Schöpfung steht in gar keiner Verbindung mit dem Leben. Es ist das Werk seiner Verfasser, wie ein Drama das Werk des Dichters ist, der es geschrieben hat. Der geistige Inhalt, der in dem Gesetz liegt, liegt darin von Anbeginn an. Er liegt in den Worten und Sätzen des Gesetzes ganz ohne Rücksicht darauf, wie sich unter seiner Herrschaft die Lebensverhältnisse gestalten, ob die von ihm normierten Thatbestände jemals Wirklichkeit werden oder nicht, ja sogar ohne Rücksicht darauf, ob das Gesetz überhaupt Gesetz wird oder nicht. Trotzdem ist ein wesentliches Moment der Auslegung und ein für diese immer gewichtiges Argument die Rücksicht auf die Verhältnisse des Lebens. Man wird gewiß Regelsberger[1] zustimmen können, wenn er ausführt: „Jeder Ausleger muß sich gegenwärtig halten, daß er zwar unterthan dem Gesetze, aber zugleich Vermittler (interpres) zwischen dem Gesetz und dem

[1]) Pandekten S. 151.

praktischen Leben ist. Er handelt daher in Erfüllung seiner Aufgabe, wenn er ein Gesetz nach der Aufforderung des praktischen Lebens auffaßt und das Unangemessene im Zweifel als nicht gewollt behandelt."

Dieselbe Eigentümlichkeit der Auslegung erklärt es, daß die Auslegung mit den veränderten Zeiten sich selbst verändern kann, ohne deshalb unrichtig zu werden Ebendasselbe Gesetz regelt die Verhältnisse des heutigen Lebens wie es die Lebensverhältnisse einer früheren Zeit geregelt hat und einer späteren regeln wird. Auch hier tritt die Auslegung als Vermittlerin ein, und sie kann es, weil sie in der auf das praktische Leben gerichteten Natur des Gesetzes ihre Grundlage hat.

Endlich liegt in dieser Grundlage der Auslegung das Werkzeug, welches das Band zwischen dem Gesetzgeber und dem Gesetz löst oder doch wenigstens lockert. Die Auslegung eines wissenschaftlichen Werkes, einer künstlerischen Darstellung geht allein hervor aus dem Bestreben, den Gedanken des Verfassers bis ins einzelne zu folgen. Dieser Auslegung einziges Ziel muß es daher sein, den Sinn, den der Verfasser in sein Werk hineinlegen wollte, genau zu erforschen. Die Gesetzesauslegung aber geht hervor aus dem Bestreben, das Gesetz dem Leben anzupassen. Sie setzt sich also keineswegs mit ihrem Zweck in Widerspruch, wenn sie davon absieht, die Erforschung des Willens des Gesetzgebers zum einzigen Gegenstand ihrer Thätigkeit zu machen.

Wenn man also häufig die Auslegung als Voraussetzung der Anwendung des Gesetzes hinstellt, so könnte man auch vielleicht die Anwendung des Gesetzes als Voraussetzung der Auslegung bezeichnen. Vollkommen richtig ist es jedenfalls, wenn Hufeland[1] ausführt, „daß die Auslegung immer in Beziehung auf die dadurch mögliche Anwendung des Gesetzes, wie sie jetzt beabsichtigt ist oder doch in älteren Zeiten hätte statthaben können, gedacht werden

[1]) Geist des römischen R. II. S. 38.

müsse." Anwendung und Auslegung stehen derart in Wechselwirkung, daß der Gedanke an die Notwendigkeit der Anwendung die Auslegung hervorruft, diese aber wieder als Voraussetzung der Anwendung im konkreten Falle anzusehen ist.

Aber die Werke von Dichtern und Künstlern, von denen wir oben sprachen, stehen mit dem wirklichen Leben in gar keiner Verbindung. Es giebt jedoch auch Erklärungen, die, ebenso wie das Gesetz sich auf Ereignisse des wirklichen Lebens beziehen. Auch die Auslegung dieser Erklärungen, soweit sich bei ihnen Auslegung findet, geht hervor aus dieser Beziehung zum praktischen Leben. Daher auch trotz zahlreicher Verschiedenheiten im Grunde die Auslegung dieser Erklärungen und die Auslegung des Gesetzes denselben Regeln unterliegt.[1]

Derartiger Erklärungen nun giebt es natürlich die verschiedensten, die in mehr oder minderem Grade einem Gesetze ähnlich sind. Aber, wenn wir von Verordnungen der Behörden und ähnlichen für engere Verbände bestimmte Normen, die wir dem Gesetze gleichstellen müssen, absehen, so fehlt ihnen doch allen ein Merkmal, durch das die Auslegung des Gesetzes gerade entscheidend bestimmt wird, nämlich die Allgemeingültigkeit. Das Gesetz soll die Lebensbedürfnisse der Gesamtheit befriedigen, diese anderen Erklärungen richten sich auf die Gestaltungen der Verhältnisse eines einzelnen oder weniger Personen. Es fehlt ihnen ferner eine andere Eigentümlichkeit des Gesetzes, die wiederum von besonderer Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes ist, nämlich die Entstehung aus dem Volksganzen heraus. Das Gesetz ist hervorgegangen aus dem Leben der Gesamtheit, es ist ein Akt des Volkslebens. Diese Erklärungen da-

[1]) Bekker, Jahrb. f. Dogmatik 34, S. 75 bemerkt: „Den Sinn von Worten, namentlich von Anderen gebrauchten Worten zu entziffern ist eine Kunst, die jeder Mensch von klein auf lernt; die Grundprinzipien der richterlichen Auslegekunst sind keine anderen als die der allgemeinen menschlichen, im Verkehr tagtäglich geübten."

gegen sind Äußerungen des individuellen Lebens der einzelnen, aus ihren Bedürfnissen und Wünschen hervorgegangen.

Hiervon abgesehen ist allerdings eine bald größere, bald geringere Ähnlichkeit der Auslegung solcher Erklärungen mit der Auslegung des Gesetzes vorhanden, und man kann sagen, die Auslegung dieser Erklärungen nähert sich in dem Maße der Auslegung des Gesetzes wie diese Erklärung selbst einem Gesetze ähnlicher wird.

Die einem Gesetz am wenigsten ähnliche derartige Erklärung wäre wohl das Versprechen jemandes, irgend etwas zu thun. Auch bei ihr sollen Wort und That sich decken. Auch bei ihr ist stets die Möglichkeit vorhanden, daß Auslegung notwendig werde. Schon ähnlicher einem Gesetz wäre die inhaltlich gleiche Erklärung, wenn die Erklärung, wie das Gesetz, das Handeln anderer normieren soll, wenn etwa Eltern ihren Kindern befehlen, etwas zu thun. Noch größere Ähnlichkeit entsteht, wenn es sich nicht um private Erklärungen, sondern um den Befehl eines Vorgesetzten an einen Untergebenen, um Anweisungen eines Chefs für die ihm unterstellten Beamten handelt. Sodann wäre die Erklärung des einen Teils bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft zu nennen und endlich die Willenserklärungen im Testament. Bei letzteren findet sich auch die Ähnlichkeit mit dem Gesetz, daß der Testator nach Eröffnung des Testamentes ebensowenig wie der Gesetzgeber nach Erlaß des Gesetzes imstande ist, sich selbst über den Sinn seiner Worte zu äußern.

Wir wollen nicht die mehr oder weniger zahlreichen Unterschiede der Auslegung jeder einzelnen von diesen Erklärungen von der Auslegung des Gesetzes heraussuchen, wir wollen nur auf einiges aufmerksam machen.

Zunächst ist die Auslegung des Gesetzes strenger als die jener Erklärungen. Dies aus den verschiedensten Gründen. Das Gesetz verlangt die genaue Deckung von Norm und Lebensverhältnis, von Wort und That; bei den übrigen Erklärungen mag es auf eine kleine Abweichung

häufig nicht ankommen. Bei dem Gesetz wird diese Übereinstimmung in jedem Falle konstatiert und mit Gründen nachgewiesen. Sie wird im Richterspruch durch einen unparteiischen Dritten konstatiert und nachgewiesen.

Wenn aber die Auslegung wirklich geschehen soll, um festzustellen, ob die Handlung mit der Erklärung übereinstimmt, so zeigen sich doch noch zahlreiche Unterschiede dieser Auslegung von der Auslegung des Gesetzes. Schon aus der äußeren Verschiedenheit der Gesetze von andern Erklärungsmitteln ergeben sich solche. Der Gesetzestext liegt in einem festen, unanfechtbaren, genau überlegten Wortlaut vor uns. Dieser Wortlaut überdauert vielleicht Jahrhunderte, er findet zahlreiche Anwendungen. Fortdauernd muß für jeden einzelnen Fall die Übereinstimmung des Lebens mit dem Gesetz genau geprüft werden. Es findet also eine immerwährende Arbeit der Forschung — deren Resultate mehr und mehr zum festen Besitz der Wissenschaft werden — an ein und demselben Text statt. Endlich geschieht diese Prüfung rein objektiv durch unparteiische Dritte, die dem Gesetzgeber genau so fern stehen, wie dem, der nach dem Gesetz gehandelt hat. Es findet daher eine Beeinflussung der Auslegung weder durch den Erklärenden, den Gesetzgeber, noch durch den jeweilig Handelnden statt. Alles dies ist bei der Auslegung der erwähnten Erklärungen in den meisten Fällen anders. Ihr Text ist keineswegs von solcher Bedeutung, daß man bei seiner Redaktion so peinlich jedes Wort überlegte. Er findet sich ferner meist nicht in so authentischer Form wie das Gesetz. Seine Anwendung im Leben geschieht meist nur einmal.

Ferner ist zu bemerken, daß, wenn die Notwendigkeit der Auslegung an diese Erklärungen herantritt, häufig ein autoritativer Ausleger, nämlich der Erklärende, diese Auslegung besorgt und damit die eigentliche Auslegung zum Schweigen bringt. Denken wir an den Befehl des Vorgesetzten, kaum anders ist es bei Rechtsgeschäften. Wenn auch hier vielleicht Billigkeitserwägungen den Erklärenden

unter Umständen an die Erklärung, so wie sie der Gegner auffassen muß, binden, selbst wenn sie mit dem wirklichen Willen nicht übereinstimmt, so wird man doch für die Existenz dieses Willens und damit für den eigentlich beabsichtigten Sinn der Erklärung den Erklärenden als maßgebenden Ausleger betrachten müssen. Nur braucht der Gegner hierauf keine Rücksicht zu nehmen. Hiermit hängt es zusammen, daß bei diesen Erklärungen die vor der Erklärung und neben der Erklärung liegenden Äußerungen des Erklärenden berücksichtigt werden müssen etwa seine Miene bei der Erklärung, die Gesten, mit denen er sie begleitet, der ganze Rahmen, aus dem die Erklärung hervorgeht. Denn die Erklärung soll ja so ausgelegt werden, wie der Erklärende sie erkennbarer Weise ausgelegt wissen wollte. Ganz anders ist es wegen der besonderen Natur der Gesetze bei Gesetzen (siehe unten S. 44 ff.) Zweitens wird nachträglich, sobald die Notwendigkeit der Auslegung sich herausstellt, der Erklärende selbst häufig (anders aber beim Testament) als authentischer Ausleger seiner Erklärung hervortreten und sagen, was er mit seiner Erklärung gemeint hat. Auch dieses Mittel ist dem Gesetzgeber verschlossen oder so gut wie verschlossen.

Sodann ist zu bemerken, daß das Gesetz ein System ist, daß ihm eine innere Ordnung beiwohnt, welche für die Auslegung von Bedeutung wird, und ferner, daß es in den Zusammenhang des ganzen Rechts gestellt ist und erst durch diese Beziehung zu den übrigen Teilen des Rechts sein Licht empfängt. Wie sehr endlich die Auslegung des Gesetzes sich dadurch von der Auslegung anderer Erklärungen unterscheidet, daß das Gesetz hervorgegangen ist aus dem Volksleben und bestimmt ist zur Regelung der Lebensverhältnisse des Volkes, ist oben schon hervorgehoben.

II. Wie der Grund der Auslegung teils in uns liegt, teils in dem Gesetz, so ist auch ihr Zweck ein doppelter, der teils aus dem Gesetz hervorgeht, teils aus uns selbst. Die Auslegung ist nur die Dienerin des Gesetzes, sie will

dem Gesetz nur helfen, seinen Zweck zu erfüllen. Zu diesem Zweck will sie demjenigen, der mit dem Gesetz zu thun hat, die Kenntnis seines Inhalts vermitteln. Dies erreicht sie, indem sie das Gesetz auseinanderlegt. Das letzte (das Auseinanderlegen) ist ihr näherer Zweck, das erste (die Vermittlung der Kenntnis) ihr entfernterer Zweck. Endlich, wie es der Grund der Auslegung ist, daß das Gesetz auf Lebensverhältnisse Anwendung finden soll, so ist auch ihr entferntester Zweck die bessere Anwendung des Gesetzes im Leben. Weil das Gesetz die Bestimmung hat, auf Lebensverhältnisse angewendet zu werden, lege ich aus. Und damit das Gesetz auf Lebensverhältnisse Anwendung finden könne, lege ich aus. Das Gesetz, dessen Wortlaut wir vor uns haben, dessen Äußeres wir unmittelbar mit unsern Sinnen wahrnehmen können, soll uns auch seine innere, seine wahre Gestalt zeigen, damit wir es auf die gerechteste und ihm entsprechendste Art zur Anwendung bringen können.

§ 2. Wesen der Auslegung. Einfluß des Wesens des Gesetzes.

Das Wesen der Auslegung eines Gesetzes ist so eng verknüpft mit dem Wesen des Gesetzes selbst, daß jede Eigenschaft, die dem Gesetz zukommt, irgend eine Folge für die Auslegung dieses Gesetzes nach sich zieht. Für die Auslegung überhaupt werden sich daher aus den Eigenschaften eines jeden Gesetzes, also aus dem Wesen des Rechts überhaupt, die hauptsächlichen Momente ableiten lassen.

Das Recht im objektiven Sinn ist nach der die formalen und materiellen Eigenschaften des Rechts zusammenfassenden Definition Dernburg's (Pand. S. 44) die durch den allgemeinen Willen aufrecht erhaltene Ordnung der Lebensverhältnisse. Als der „allgemeine Wille" nun kann jedoch

nicht wirklich der Wille, also etwas Unsichtbares, äußerlich garnicht Vorhandenes, angesehen werden, sondern es kann nur die Erklärung dieses Willens gemeint sein, die sich beim Gesetz in den Worten des Gesetzes darstellt. Beachtet man ferner, daß das einzelne Gesetz nicht „das Recht" ist, sondern nur ein Teil des Rechts, der sich in den Zusammenhang des Ganzen hineinschiebt, daß es aber andererseits für sich ein besonders geordneter Teil des Rechts, ein System ist, so ergeben sich aus dieser Definition die hauptsächlichsten Gesichtspunkte für die Auslegung.

Das Gesetz ist also zunächst eine Erklärung des allgemeinen Willens. Da diese Erklärung in Worten besteht, so muß die Auslegung diesen Worten des Gesetzes nachgehen. Der Ausleger muß die Sprache des Gesetzes kennen. Er muß die Bedeutung der Worte sich vergegenwärtigen und ihren Zusammenhang in Sätzen beachten.

Der im Gesetze zum Ausdruck kommende allgemeine Wille kann nun nicht der Wille eines einzelnen oder einiger Personen sein. Die Allgemeinheit ist Subjekt des Gesetzes. Aus dem Volke entsteht es, es ist ein Akt des Volkslebens. Dies steht fest und muß die Auslegung maßgebend beeinflussen. Zur Erfüllung der gesetzgeberischen Funktion des Volkes aber sind sicherlich diejenigen, die sich mit dem Recht berufsmäßig beschäftigen, die Juristen, die gegebenen Organe. So wird man vor allem die Gesamtauffassung der juristischen Kreise als den Boden ansehen dürfen, auf dem das Gesetz erwachsen ist. Will man aber ganz genau sein, so darf man sich schließlich nicht verhehlen, daß es einzelne Menschen waren, die das Gesetz verfaßt haben. Sie haben dem Gesetz nicht nur diejenige Form gegeben, in der es vor uns liegt, sie haben, wenn sie sich auch im Ganzen nicht von der durch die Natur der Sache gegebenen Regelung entfernen werden, inhaltlich im Einzelnen vielleicht manches von dem ihrigen hinzugethan. Zwar traten sie dabei nicht als Privatleute auf,

sondern als Vertreter des Ganzen,[1] aber es bleibt dennoch wahr, daß sie eben die Vertreter waren.

Daraus ergiebt sich für die Form des Gesetzes zunächst, daß es die Sprache der Gesamtheit, des Volkes spricht und hiernach ausgelegt werden muß. Nicht ein Dialekt, nicht die besondere Bedeutung eines Wortes in irgend einer Gegend ist maßgebend, sondern die allgemeingültige Bedeutung der Worte und die allgemeingültigen Gesetze der Sprache. Es ergiebt sich aber ferner, daß die Juristensprache derjenige Teil der Volkssprache ist, aus welchem vor allem das Verständnis zu erschließen ist. Die Beachtung ihrer Ausdrucksweise, ihrer technischen Bezeichnungen wird häufig eine Bedeutung der Worte ergeben, die ins allgemeine Volksbewußtsein nicht gedrungen ist.

Und es ergiebt sich endlich, daß auch die individuellen Eigenschaften der Verfasser des Gesetzes nicht immer ganz ohne Einfluß sind. Er kann mehr oder minder vollkommen im Ausdruck seines Gedankens sein, es können auch seiner Redeweise besondere Eigentümlichkeiten anhaften.[2]

Ebenso ist für den Inhalt des Gesetzes in erster Linie bestimmend der Zustand der Allgemeinheit, der Zustand des Volkes, aus welchem das Gesetz hervorgegangen. Die wirtschaftlichen, die sozialen Verhältnisse, die religiösen, die sittlichen Anschauungen, aus denen das Gesetz erwachsen ist, muß der Ausleger sich gegenwärtig halten. In diesem Sinne ist auch die s. g. ocassio legis nur ein, freilich besonders bemerkenswertes, Moment des zur Abfassung des Gesetzes führenden allgemeinen Zustandes. Aber auch hier sind wiederum die juristischen Verhältnisse von ganz besonderer Bedeutung. Die Ergebnisse der juristischen Wissenschaft beeinflussen am unmittelbarsten den Inhalt des von Juristen verfaßten Rechts. Doch werden

---

[1]) Hölder, Kommentar S. 16.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. S. 74.

die ganz speziellen Verhältnisse der Verfasser des Gesetzes, also ihre wissenschaftlichen Anschauungen, ihre Ansichten über irgend welche Thatsachen, ihre Gedanken, für den Inhalt des Gesetzes normaler Weise von geringerer Bedeutung sein. Darin wird man sie allerdings nicht als Vertreter der Gesamtheit ansehen können.

Das Gesetz ist ferner „Wille" d. h. Willensvorschrift, und auch das hat die Auslegung zu beachten. Wie jede Erklärung eines Willens, veräußerlicht das Gesetz den Willen des Erklärenden bis zu einem gewissen Grade. Da der Wille des Erklärenden aus der Erklärung erkannt werden soll, da ferner die Erklärung so, wie sie abgegeben ist, gewollt ist (obwohl vielleicht das, was sie besagt, nicht gewollt ist), so rechtfertigt sich die Behauptung, daß die Willenserklärung den Willen des Erklärenden verkörpert, daß die Erklärung vom Willen losgelöst und mit dem aus ihm zu entnehmenden Willen verselbständigt wird. Der Ausleger hat also sich an das Erklärte zu halten und nicht dem inneren Willen nachzuforschen. (Siehe unten S. 41 ff.)

Das Wesen des Gesetzes ist es ferner, eine „Ordnung der Lebensverhältnisse" zu sein. Wie der Grund der Auslegung der (nicht im Gesetz selbst liegende) Umstand ist, daß das Gesetz auf Lebensverhältnisse Anwendung finden soll, ist oben schon berührt. Doch ist es auch eine durch seinen Inhalt selbst dem Recht wesentliche Eigentümlichkeit, Lebensregeln aufzustellen.

Zunächst geht daraus nur hervor, daß das Gesetz in irgend einer Weise ins Leben eingreift. Die Art dieses Eingreifens nun kann sich als beabsichtigt darstellen, sie kann aber auch unbeabsichtigt sein, weiter gehen als beabsichtigt war, auch nicht so weit gehen. Aber diese Beziehung des Gesetzes zum Leben liegt nicht allein darin, daß das Gesetz ins Leben eingreift. Das Leben tritt dem Gesetz als gleichberechtigter Faktor gegenüber. Die Natur der im Leben gegebenen Verhältnisse gewinnt für sich Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes; aus ihrer Er-

kenntnis läßt sich erst der vollkommene Inhalt des Gesetzes erschließen. Endlich entwickelt sich aus dieser Eigenschaft des Rechts ein noch engerer Zusammenhang des Gesetzes mit dem Leben. Es entsteht eine Wechselwirkung zwischen Gesetz und Leben, derart, daß nicht nur das Gesetz das Leben beeinflußt, sondern auch das Leben das Gesetz. Der Inhalt des Gesetzes erweitert sich mit den neuen Erfahrungen, mit den neuen Bedürfnissen, mit den neu auftauchenden Verhältnissen.

Der Ausleger muß also zunächst diejenigen Wirkungen des Gesetzes auf das Leben sich vergegenwärtigen, die nach dem Inhalt des Gesetzes als beabsichtigt anzusehen sind, er muß die ratio legis berücksichtigen. Das Gesetz soll gewisse Bedürfnisse befriedigen, gewisse Interessen schützen, gewisse thatsächliche Verhältnisse, die noch ungeregelt sind, normieren. Der Ausleger muß aber ferner die Lebensverhältnisse an sich, ohne Rücksicht auf diesen Zweck, berücksichtigen. Zunächst muß er ihre Natur sich vergegenwärtigen, um damit desto besser erkennen zu können, wie das Gesetz sie hat regeln wollen. Sodann aber haben die Lebensverhältnisse Einfluß auf die Auslegung sogar lediglich als Thatsache. Das Vorhandensein irgend welcher Verhältnisse kann offenbar zur Veranlassung werden, daß man sich nur fragt, ob denn dieselben unter das Gesetz fallen. Früher kümmerte man sich nicht darum und brauchte sich nicht darum zu kümmern, jetzt aber wird es von Interesse. Aber hiermit nicht genug bewirkt die Thatsache, daß ein Verhältnis existiert, die Neigung, es auch als durch das Gesetz normiert anzusehen. Wenn das Verhältnis nicht im Leben wirklich existierte, hätte man diese Tendenz nicht. So im Strafrecht, wenn irgend ein Interesse Schutz zu verdienen scheint. Fragt es sich etwa, ob Bestimmungen für Eisenbahnen auch Straßenbahnen betreffen, ob Diebstahl auch bei Entwendung elektrischer Kraft vorliegt, so würde man sich wohl kaum um solche Fragen kümmern, wenn es nicht derartige Dinge wirklich gäbe, und man dürfte mit

Grund geneigt sein, diejenige Antwort auf diese Fragen im Gesetz zu finden, die die Verhältnisse fordern.

Da wir von der Definition des Rechts überhaupt ausgingen, so müssen wir für die Auslegung eines Gesetzes endlich noch die Eigenschaften des Gesetzes beachten, die sich daraus ergeben, daß es nicht „das Recht", sondern nur ein Teil des Rechts ist, und daß es selbst wiederum meist aus einer Anzahl Rechtsnormen zusammengesetzt ist, die dann in einem bestimmten Verhältnis zu einander stehen.

Das einzelne Gesetz setzt sich in Beziehung zu dem übrigen geltenden Recht und tritt mit ihm in einen derartigen Zusammenhang, daß es mit ihm als ein Ganzes, das Ganze des positiven Rechts, aufzufassen ist. Hiernach muß der Ausleger bei der Auslegung eines Gesetzes stets das Ganze des Rechts vor Augen haben. Ein Gesetz wird durch das andere beschränkt, manche Gesetze werden erst unter Berücksichtigung anderer ganz verständlich werden und ihren rechten Inhalt empfangen. Eine Änderung der letzteren wird dann von selbst einen veränderten Inhalt der ersteren zur Folge haben.

Besteht aber das einzelne Gesetz selbst wiederum aus einer Anzahl von Rechtssätzen, so stehen diese ihrerseits in systematischem Zusammenhang mit einander und wollen aus diesem Zusammenhang verstanden werden. Zu ihrem Verständnis sind sie also in diejenige Ordnung zu bringen, welche diesem System entspricht. Sie sind zurückzuführen auf die mehreren von ihnen gemeinsamen Grundgedanken. Es ist ihnen im Verhältnis zu einander die rechte Stelle anzuweisen. „Incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere" l. 24 D. de leg. 1,3 (Celsus).

§ 3. Ist Gegenstand der Auslegung der Wille des Gesetzgebers?

I. Gegenstand der Auslegung ist das Gesetz. Das Gesetz muß in seiner äußeren Erscheinung, also in seinem Text unbestreitbar feststehen, ehe die Auslegung beginnt. Infolgedessen sollte man meinen, daß mit dem Ausdruck „Gesetz" der Gegenstand der Auslegung erschöpfend gekennzeichnet ist, es könnte sich nur noch um die Mittel handeln. Dennoch hat sich ein Streit über den Gegenstand der Auslegung erhoben. Man streitet, ob der Wille des Gesetzgebers oder der „Wille des Gesetzes" der eigentliche Gegenstand der Auslegung sei.

Es handelt sich bei diesem Streit um folgendes. Das Gesetz ist nicht blos Gedanke, sondern Willensvorschrift. Der Wille, der im Gesetz liegt, wird aus dem Text des Gesetzes erkannt. Die Auslegung sucht ihn im einzelnen zu erkennen. Soll da das Gesetz als Verkörperung des Willens des Gesetzgebers angesehen werden? Soll man den Willen des Gesetzgebers in den Worten des Gesetzes suchen, ihn mit der Person oder Personenmehrheit des Gesetzgebers in Zusammenhang bringen?

Die außerordentliche Schwierigkeit, bei der heutigen Einrichtung der Gesetzgebungsgewalt diesen Willen des Gesetzgebers festzustellen, ist unverkennbar. Denn der Wille des Gesetzgebers ist nach dem heutigem System der übereinstimmende Wille sämtlicher Organe der Gesetzgebung. Die Feststellung dieser Übereinstimmung aber wird häufig unmöglich, stets schwierig sein.[1] Aber entscheidend kann diese Schwierigkeit freilich nicht sein, so wenig wie die Schwierigkeit des Beweises einer Thatsache von der Auf-

[1]) Beispiele, welche Schwierigkeiten bei der heutigen Vielköpfigkeit des Gesetzgebers die Feststellung des gesetzgeberischen Willens bietet und welche Konsequenzen sich aus dieser Auffassung für die parlamentarische Beratung der Entwürfe ergeben, erwähnt Kohler bei Grünhut Bd. 13 S. 24 ff.

stellung des entsprechenden Merkmals im Gesetz abhalten darf. Entscheidend sind nur die Gründe, auf welche die Theorie selbst sich aufbaut.

In der Literatur über unsere Frage kann man die älteren Schriftsteller[1] — Thibaut, Hufeland, Kierulff, Savigny — welche an die Möglichkeit, der Wille des Gesetzgebers könne von einem „Willen des Gesetzes" verschieden sein, garnicht dachten und deshalb zu dem angeführtem Streit keine Stellung nehmen, von den neueren trennen. Auch jenen Schriftstellern war es klar, daß das publizierte Gesetz die Grundlage aller Auslegung sein und bleiben müsse, daß daher alle andern Erkenntnismittel des gesetzgeberischen Willens nur im Zusammenhange mit dem Gesetzestext für die Resultate der Auslegung Bedeutung hätten, mit andern Worten, daß ein Wille des Gesetzgebers, der nicht in der Form des Gesetzes verkündet war, auch nicht Gesetz wäre. Und schon bei Thibaut finden sich Anklänge an die Argumente der heutigen objektiven Theorie. Andrerseits war es allen diesen Schriftstellern nicht zweifelhaft, daß der Wille des Gesetzgebers für den Sinn der von ihm gebrauchten Worte maßgebend sein müsse, von einer Nichtbeachtung aller sonstigen Äußerungen des Gesetzgebers über den Inhalt des Gesetzes bei der Auslegung des Gesetzes war natürlich nicht die Rede. Vielmehr wünscht z. B. Savigny, der Ausleger solle sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in seinem Denken von neuem entstehen lassen.

Von diesen älteren Schriftstellern unterscheiden sich die späteren dadurch, daß sie, durch die Umstände gedrängt, zu der Frage nach der Bedeutung der Vorarbeiten des Gesetzes eine bestimmte Stellung nehmen. Die Vorarbeiten sind

[1]) Vgl. Thibaut, logische Auslegung S. 11 ff., Hufeland, Geist des römischen Rechts I, II, Kierulff, Civilrecht S. 18 ff., Savigny, System I S. 208 ff., besonders S. 213.

das zahlreichste und wichtigste, teilweise aber auch das gefährlichste und am meisten anfechtbare (z. B. Kammerreden) Erkenntnismittel für den Willen des Gesetzgebers. Infolgedessen zeigte sich bei der Beantwortung der Frage nach der Bedeutung dieser Vorarbeiten nicht nur die umfassendere Bedeutung, welche dem Willen des Gesetzgebers durch ihre Vermehrung und Veröffentlichung zukomme, sondern man wurde noch zum Nachdenken darüber genötigt, ob denn der Wille des Gesetzgebers wirklich der Gegenstand der Auslegung wäre. So „spitzte sich" die Frage nach der Bedeutung der Vorarbeiten allmählich zu der Frage nach dem Willen des Gesetzgebers als Auslegungsprinzip zu d. h. man erkannte, daß die Beantwortung der Frage, welche Bedeutung den Materialien beizumessen sei, aus einer tieferen prinzipielleren Entscheidung abzuleiten sei. Daher könnte man unter den neueren Schriftstellern wiederum diejenigen, welche lediglich die Materialienfrage in dem einen oder andern Sinne beantworten, von denen unterscheiden, welche sich prinzipiell und auf Grund allgemeiner Erwägungen für den Willen des Gesetzgebers oder gegen denselben erklären. Man muß sich übrigens hierbei klar sein, weil mit den Ausdrücken „Wille des Gesetzgebers", „Wille des Gesetzes" nicht eine scharfe Unterscheidung zwischen zwei Begriffen deutlich abgegrenzt ist, daß der Ausdruck nicht allein für die Stellung eines Schriftstellers entscheidend sein kann, namentlich nicht bei solchen Schriftstellern, welche sich noch nicht bewußt sind, daß sie die eine Seite eines prinzipiellen Gegensatzes vertreten.

Es stehen nun Wächter, Krug, Bierling, Mohl, Goldschmidt auf der einen, Schaffrath, Hahn, Schlesinger, Merkel, Meyer auf der andern Seite.[1]

[1]) Wächter, Württemb. Privatr. II S. 133 ff.; Krug, Grundsätze S. 123 ff. 163 ff.; Goldschmidt, Handbuch 2. A. Bd. I S. 311 ff. Zeitschrift für Handelsrecht X S. 40 ff. Schaffrath, Auslegung S. 15 ff. S. 32 ff. Hahn, Kommentar 3. A. S. L XII ff.; Merkel in Holtzendorffs, Strafrecht II S. 68 ff. IV S. 81 f.; Meyer bei Gruchot 23 S. 1 ff.

Die ersteren stellen zunächst in verschiedener Weise fest, in welcher Art die Materialien zu benutzen seien und damit wie der gesetzgeberische Wille festzustellen sei. Sie betonen sodann die Bedeutung dieses Willens und damit die Bedeutung der Materialien für die Auslegung des Gesetzes.

Letztere weisen darauf hin, daß nur das Gesetz publiziert sei, also nur das Gesetz verbindende Kraft für den Unterthanen erlangen könne. Das Gesetz müsse daher in dem Sinne gelten, in dem es auch ohne die Materialien vom Volke verstanden werden könne. Aus dem Gesetz und nicht aus andern Quellen müsse man die Argumente für die Auslegung entnehmen. Die Materialien seien wohl ein wertvolles Hülfsmittel zum Verständnis des Gesetzes, sie könnten aber nicht die Bedeutung einer authentischen Interpretation in Anspruch nehmen.

Von diesem Stande der Frage unterscheidet sich die neueste Phase des Kampfes dadurch, daß die Gegner der Theorie vom Willen des Gesetzgebers nicht mehr blos negativ die Bedeutung dieses Willens leugneten, sondern einen eigenen Begriff aufstellten, den sie als „Willen des Gesetzes" dem Willen des Gesetzgebers gegenüberstellten, und damit die Verteidiger der andern Theorie nötigten, zu diesem Begriff Stellung zu nehmen.[1] Nachdem schon Thöl[2] gelehrt hatte, daß das Gesetz sich durch die Publikation vom Gesetzgeber losreiße und selbständige Existenz gewinne und ebenso Merkel[3] dem Gesetz eine

[1]) Wenn Reuterskiöld, Rechtsauslegung S. 20 eine ältere Theorie der Absichtsinterpretation und eine jüngere an das Wort gebundene Theorie der Absichtsinterpretation und im Gegensatz zu beiden die neueste Theorie der freien Wortinterpretation unterscheidet, so ist dagegen einzuwenden, daß die jüngere Theorie der Absichtsinterpretation sich der Sache nach nicht von der Theorie der freien Wortinterpretation unterscheidet. Auch die Schriftsteller der ersteren weisen, obwohl sie den Ausdruck „Wille des Gesetzgebers" beibehalten, thatsächlich jeden Einfluß des gesetzgeberischen Willens zurück.

[2]) Thöl, Einleitung S. 150.

[3]) Merkel bei Holtzendorff S. 71 f.

„gewissermaßen selbständige, von ihrem Urheber und dem geistigen Hintergrunde losgelöste und unabhängige Existenz, welche zunächst aus sich selbst und aus dem Zusammenhang beurteilt sein will, in welchem sie sich einfügt" zugeschrieben hatte, stellte Binding[1] dem Willen des Gesetzgebers geradezu einen andern Willen, den unpersönlichen Rechtswillen, gegenüber, dessen Inhalt das ist, was das Volk aus dem Gesetze entnimmt. Ihm folgten Wach,[2] der das Gesetz eine „konstante lebendige Kraft" nennt und Kohler,[3] welcher die Existenz eines Willens des Gesetzes zwar nicht im psychologischen Sinne, wohl aber „im teleologischen Sinne als organisches Zweckbestreben" behauptet, sowie Danz.[4] Endlich hat sich neuestens Reuterskiöld,[5] wenn auch mit eigenartiger Begründung, indem er an die Stelle des Willens des Gesetzes den „jederzeit aktuellen, durch die Organe der Gemeinschaft und in denselben thätigen Gemeinwillen" setzte, dieser Auffassung angeschlossen. Auf der andern Seite ist Windscheid der Ansicht von der maßgebenden Bedeutung des gesetzgeberischen Willens treu geblieben;[6] ebenso hat Regelsberger[7] dieselbe, wenn auch in abgeschwächter und mehr vermittelnder Form beibehalten. Auch in den Bearbeitungen des BGB. setzt sich der Streit über unsere Frage fort, von dessen Schriftstellern Eck und Enneccerus als Anhänger der subjektiven Theorie, Cosack, Hölder, Matthiaß als Anhänger der gegnerischen Auffassnng zu nennen sind.[8]

---

[1]) Handbuch Bd. I S. 454 ff.

[2]) Wach, Handbuch I S. 254 ff.

[3]) Kohler bei Grünhut Bd. 13 S. 1 ff., S. 20 ff., S. 34 ff.

[4]) Danz, Auslegung des Rechtsgeschäfts S. 23 ff.

[5]) Reuterskiöld, Rechtsauslegung S. 63 ff.

[6]) Pand. 7 A. I S. 51, 8. A. S. 81, 83.

[7]) Pand. S. 143 f.

[8]) Eck, Vorträge S. 30; Enneccerus-Lehmann I S. 18; Cosack, Bürg. R. I S. 42 (1898); Hölder, Kommentar S. 15 ff.; Matthiaß, Lehrbuch 3. A. I. S. 33 ff.

II. Auszugehen ist jedenfalls vom Gesetz, nicht vom Gesetzgeber. Denn dieses soll ausgelegt werden. Keinenfalls darf man also mit dem Willen des Gesetzgebers beginnen, sondern es könnte sich nur fragen, ob man vom Gesetz aufsteigend schließlich zum Willen des Gesetzgebers kommen solle. Mit andern Worten nicht ein irgendwie, irgendwann geäußerter Wille des Gesetzgebers kann Gesetz sein, sondern ein verfassungsmäßig verkündeter Wortlaut muß vorhanden sein.[1]

Hinter dem Gesetzeswortlaut aber liegt der Wille des Gesetzgebers. Als seine Erklärung stellt das Gesetz sich dar. Er könnte fortwirken auf das Gesetz. Die Intensität dieser Wirkung ließe sich in doppelter Weise denken.

1. Der Wille des Gesetzgebers kann ein notwendiger Bestandteil des Gesetzes sein, Voraussetzung also eines gültigen Gesetzes wären Wille und Gesetz, und beide wären demnach festzustellen. Dies wäre jedoch nur mit zwei Modifikationen möglich. Einmal müßte man, da in den meisten Fällen der Wille des Gesetzgebers außer im Gesetze nirgendwo ausgedrückt ist, in allen diesen Fällen annehmen, daß das, was man als den Sinn des Gesetzes ansieht, auch der Wille des Gesetzgebers war. Diese Annahme würde übrigens nichts Schwieriges haben; glauben wir doch auch sonst ohne weiteres, daß jemand das gewollt habe, was er erklärt hat. Zweitens müßte man, wenn der Gesetzgeber es irgendwie ausdrückt, daß das und das sein Wille ist, ihm dies glauben. Denn sonst wäre die ganze Theorie undurchführbar. Denn die Theorie würde ja eben darauf basieren, daß auch der außerhalb des Gesetzestextes zum Ausdruck gebrachte Wille zu berücksichtigen wäre. Man muß also, was anderswo über einen Punkt zum Ausdruck gebracht ist, eben als Willen des Gesetzgebers

[1]) Das geben selbst die Anhänger der subjektiven Theorie zu. Vgl. Windscheid-Kipp S. 86 oben, Regelsberger S. 144.

ansehen. Auch dies würde man jedoch ohne Zwang thun können. Die Folge dieser Theorie wäre einmal, daß als Inhalt des Gesetzes das dem gesetzgeberischen Willen Entsprechende angesehen werden muß, wenn nur eine derartige Deutung der Worte überhaupt möglich ist, zweitens, daß das Gesetz überhaupt ungültig ist, wenn der Wille keinen Ausdruck im Gesetzeswort gefunden hat. Konsequenterweise geht daher Windscheid[1] so weit, zu behaupten: Entsprechen die vom Gesetzgeber gebrauchten Worte dem Sinn, welchen er hat ausdrücken wollen, überhaupt nicht, so gilt zwar nicht, was er gesagt hat, weil er es nicht hat sagen wollen, aber auch nicht, was er hat sagen wollen, weil er es nicht gesagt hat.

2. Oder der Wille ist das Auslegungsmittel des Gesetzes d. h. eine zweifelhafte Gesetzesstelle besagt nicht das, was ich nach gewissenhafter Prüfung aus ihr entnehme, sondern sie besagt, was der Gesetzgeber mit ihr zu besagen wünschte. In diesem Falle sind nicht Wille und Erklärung nötig, sondern nur die Erklärung. Ist zunächst der Wille gar nicht geäußert, so genügt die Erklärung allein. Ist der Text allein deutlich, so wird nach dem Willen nicht gefragt, denn hier ist ja keine derartige Auslegung nötig. Es interessiert uns nicht, was der Gesetzgeber etwa anders gewollt habe; ja wir berücksichtigen es gar nicht, wenn er etwas im Gesetzestext Deutliches anders gewollt zu haben behauptet. Nur wenn der Text mehrere Deutungen zuläßt, und der Gesetzgeber uns sagt, daß eine derselben seinem Willen entsprechend ist, so müssen wir diese Deutung als die des Gesetzes acceptieren. Der Gesetzgeber ist also gleichsam auch autoritativer Ausleger für seine undeutlichen Erklärungen, dem gegenüber unsere Wünsche, es nach dem Zwecke oder mit sonstigen Mitteln anders und vielleicht besser anzulegen, schweigen müssen.

Welchen Einfluß dürfen wir nun aber dem Gesetzgeberwillen auf das publizierte Gesetz einräumen? Zur Be-

[1]) Pand. 8. A. S. 86.

antwortung dieser Frage wollen wir uns das Zustandekommen des Gesetzes vergegenwärtigen. Ursprünglich hatte der Wille des Gesetzgebers natürlich allein Bedeutung, nämlich vordem er das Gesetz zum Gesetz machte. Damals hatte er eine bestimmte Absicht, einen inneren Willen. Er hatte das Mittel — Worte —, diesen inneren Willen zu veräußerlichen. Und er hatte die Macht, den inneren Willen durch das äußere Mittel zur Wirkung zu bringen, durch den Erlaß des Gesetzes. Er mußte sich nur so ausdrücken, daß aus den Worten sein innerer Wille zu entnehmen war, dann wurde dieser sein Wille Gesetz. Nachdem nun aber das Gesetz publiziert ist, ändert sich dies Verhältnis. Die Worte sind an die Stelle des Willens getreten, das Äußere, Erkennbare an die Stelle des Inneren, Unerkennbaren. Dieses ist die Norm, an sie haben die Rechtsgenossen sich zu halten.

Und dennoch soll der innere Wille fortdauernd Wirkung auf den Inhalt des Gesetzes ausüben? Damit behauptet man, daß auch nach der Publikation des Gesetzes der Gesetzgeber als solcher auf die Gestaltung des objektiven Rechts Einfluß ausübe. Wie wäre eine solche fortdauernde Wirkung des Willens des Gesetzgebers rein theoretisch zu denken, wie könnte man sie sich vorstellen? Eine doppelte Art der Erklärung wäre denkbar. Man könnte zunächst behaupten, der Wille des Gesetzgebers sei im Gesetz enthalten, das Gesetz wäre voll des Willens des Gesetzgebers, dieser wirke daher immerwährend aus dem Gesetz heraus.[1] Daß man sich eine Erklärung derartig vorstellen könne als ein mit dem Willen des Erklärenden angefülltes Gefäß, aus welchem der Wille jeden Augenblick gleichsam sich Luft machen könne, scheint mir zweifelhaft. Wie könnte etwas rein Innerliches wie menschlicher Wille, aus dem Menschen heraus, in einen Gegenstand der Außenwelt hineingebaut werden und nun jeden Augenblick wieder heraus beschworen

[1]) „Er entläßt das Gesetz, gefüllt mit seinem Gedankeninhalt", Regelsberger, Pand. I S. 143 A 10.

werden. Dazu kommt noch, daß mit dieser Auffassung eine fortschreitende Rechtsentwicklung auf der Grundlage des Gesetzes unmöglich gemacht würde. Mit der Rechtsauffassung, den socialen und wirtschaftlichen Verhältnissen, könnte die Interpretation nicht fortschreiten, wenn wir annehmen, daß der Wille des Gesetzgebers in das Gesetz für alle Zeit hineingelegt ist. Denn Wille bleibt doch Wille. Noch nach Jahrhunderten würde in dem Gesetz eben der Wille darin stecken, der anfangs hineingelegt war: noch jetzt würde er plötzlich hervortauchen können, und alle sonstigen Gründe müßten schweigen. Wenn Regelsberger (a. a. O. S. 144) zugiebt, daß die Bedeutung des gesetzgeberischen Willens im Laufe der Zeit und unter dem Einfluß veränderter Rechtsanschauungen sich abschwäche, so ist das zum mindesten inkonsequent, streng genommen ein Abgehen von der Theorie überhaupt, denn thatsächlich wird damit der Wille des Gesetzgebers nur so lange berücksichtigt, wie es uns gefällt.

Noch eine andere mit dem Wesen des Willens vielleicht besser verträgliche Erklärung wäre möglich, auf welche Art der Wille des Gesetzgebers fortdauernd auf das Gesetz einwirke. Freilich steht sie mit den thatsächlichen Verhältnissen im modernen Staatsleben in noch schrofferem Widerspruch. Man könnte nämlich annehmen, daß der Wille des Gesetzgebers fortdauernd hinter dem Gesetze stehen bleibe. Der Wille wäre zwar nicht im Gesetz enthalten, wohl aber im Gesetzgeber und wirke aus ihm heraus auf die Außenwelt. Das Gesetz würde dauernd dirigiert vom Gesetzgeber aus. [1]

[1]) Es leuchtet ein, daß als praktische Folgerung aus dieser Theorie wahrscheinlich (doch nicht notwendig, denn auch aus dem Gesetzgeber heraus brauchte der Wille nur auslegend zu wirken) die erste der beiden vorhin (S. 28 f.) erwähnten möglichen Konsequenzen der Theorie vom Willen des Gesetzgebers hergeleitet würde (Wille und Gesetz gleichwertige und notwendige Bestandteile, beide festzustellen) ebenso wie als Folge der soeben erwähnten Theorie wahrscheinlich die andere Konsequenz gezogen würde, daß der Wille nur für die Auslegung zweifelhafter Stellen maßgebend sein müsse.

Natürlich aber könnte der Gesetzgeber seinen Willen nicht ändern, sondern der ursprüngliche Wille müßte maßgebend bleiben.

Daß eine derartige Konstruktion unserer Auffassung vom Gesetz nicht entspricht, bemerkt man bald. Sie würde vielmehr gerade das Gegenteil von dem bedeuten, was wir uns unter Gesetz vorstellen. Wir unterständen danach nicht mehr dem Gesetz, sondern dem Gesetzgeber. Der Richter insbesondere spräche nicht Recht allein nach dem Gesetz, sondern auch nach dem Willen des Gesetzgebers; er wäre nicht unabhängig und nur den Gesetzen unterworfen, wie G.V.G. § 1 versichert, sondern ein anderer menschlicher individueller Wille stände fortdauernd hinter ihm, zwar nicht der des Ministers, so doch der des Gesetzgebers, und er hätte sich diesem Willen zu fügen. Überhaupt wäre es immer und überall der Wille einer Person, der unsere Geschicke leitete. Wir aber haben nicht die Vorstellung, daß es ein Mensch, eine individuelle persönliche Gewalt ist, die aus dem Gesetze zu uns spricht.

Daß eine solche Auffassung des Gesetzes wie die heutige stets herrschen müßte und stets geherrscht hätte, läßt sich nicht behaupten. Vielmehr kann in Zeiten der Despotie, wo das Wohl und Wehe aller in der Hand eines Menschen — des Herrschers — liegt und dieser sowohl einziger Gesetzgeber ist als auch außerhalb des Gesetzes nach seinem Belieben in die Geschichte der Unterthanen einzugreifen vermag, wohl die Auffassung herrschend werden, daß der Wille dieses einen stets gleichsam durch die Gesetze hindurch leuchte. Wirklich erklärt es Justinian, wie wir oben sahen, für ganz selbstverständlich, daß er als Kaiser auch allein die Berechtigung habe, die Gesetze auszulegen; und auch die oben erwähnte Vorschrift des allgemeinen Landrechts stammt aus einer Zeit absoluter Herrschergewalt. Unsere moderne Anschauung aber ist das so wenig, wie unsere heutige Staatsverfassung die des oströmischen Reiches oder des absoluten Königstums ist.

Theoretisch konstruieren also läßt sich die Auffassung, die aus dem Willen des Gesetzgebers das Gesetz interpretiert, schwerlich, aus der Natur des Verhältnisses folgt sie nicht. Betrachten wir nunmehr, ob sich ein Recht des Gesetzgebers, nach Publikation des Gesetzes auf dasselbe Einfluß zu üben, auf die thatsächlich gegebenen Verhältnisse stützen läßt. Auch hier wollen wir aus dem Gesetze selbst und seiner Entstehungsgeschichte argumentieren. Hinsichtlich der Frage der Auslegung als einer Manipulation mit dem Gesetz stehen sich in gewisser Hinsicht das Volk und der Gesetzgeber gegenüber. Der Gesetzgeber hat das Gesetz geschaffen, das Volk soll danach leben. Beider Wünsche fordern Berücksichtigung, und das Recht des besser Berechtigten muß in diesem Kampfe siegen. Der Gesetzgeber als Schöpfer des Gesetzes scheint verlangen zu können, daß er auch auf die Entwicklung seines Geschöpfes maßgebenden Einfluß behalte. Um so mehr berechtigt scheint dieser Wunsch, wenn man erwägt, daß der Gesetzgeber sich ja nur anders hätte auszudrücken oder etwa einen Satz hinzuzufügen brauchen, wodurch wir gezwungen wären, nach seinem Wunsche auszulegen, und ferner, daß der Gesetzgeber in der Lage ist, jeden Augenblick durch ein neues Gesetz seinem Wunsche Nachdruck zu verschaffen.

Auf der anderen Seite aber muß Rücksicht genommen werden auf das Volk, womit alle die gemeint sind, die nach dem Gesetz leben wollen. Für das Volk ist das Gesetz gemacht, ihm soll es zum Nutzen, zur Wohlfahrt gereichen, ihm hat man das Gesetz übergeben, damit es danach lebe.

Und was wünscht das Volk? Es wünscht, wenn das Gesetz verkündet ist, ein Gesetz und keinen Gesetzgeber mehr. Das wünscht es einmal aus einem gewissen Freiheitsgefühl heraus. Wie ungern sieht nicht ein jeder, daß sein Wille gebeugt werde durch eine äußere Macht. Und doch wie willfährig ist fast jeder und wie leicht fügt er sich in dem Bewußtsein, den Gesetzen Gehorsam zu erweisen. Wie anders wirkt die Vorstellung, einem andern Individualwillen

untergeordnet zu sein. Daraus folgt ohne weiteres, daß es im Interesse des Volkes und dieses seines Freiheitsgefühls liegt, daß das Gesetz nach dem Willen des Gesetzes" und nicht nach dem Willen des Gesetzgebers ausgelegt werde.

Noch ein anderes Moment kommt hinzu. Übergiebt man dem Volke eine Regel, nach der es leben soll, so fordert es die Billigkeit, daß man ihm auch alles übergiebt. Man darf nicht den Schlüssel zum ganzen für sich behalten. Also, da nur das Gesetz Gesetz ist, nur das Gesetz verkündet wird und von jedem gekannt sein soll, so muß in dem Gesetz auch alles enthalten sein. Es darf nicht dem aus andern Quellen als dem Gesetz erschlossenen Willen des Gesetzgebers für den Inhalt des Gesetzes Bedeutung beigelegt werden. Vor allem also dürfen nicht die Materialien des Gesetzes auf diese Weise benutzt werden, um aus ihnen den „wirklichen" Willen des Gesetzgebers zu entnehmen. Denn nur einem kleinen Teil des Volkes kann zugemutet werden, den Inhalt der Materialien zu kennen, und auch diese Minderheit nimmt von den Materialien nicht deshalb Kenntnis, weil sie als *Unterthan des Gesetzes* seine Vorschriften richtig auslegen muß.

III. Geht man auf die Voraussetzungen der Theorie vom Willen des Gesetzgebers im einzelnen ein, so zeigt sich, daß sich dasselbe Resultat ergiebt, was sich aus dem Wesen des Willens und des Gesetzes überhaupt ergab. Voraussetzung der Theorie ist, da es sich um den Willen des Gesetzgebers handelt, einmal die Erkenntnis, wer der „Gesetzgeber" im Sinne dieser Theorie ist und zweitens die Feststellung dessen, was sein Wille ist. Auf die Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit, unter den heutigen Verhältnissen außerhalb des Gesetzes etwas Bestimmtes in dieser Beziehung festzustellen, ist oben (S. 23) schon hingewiesen. Diese Schwierigkeit hat zwei Gründe, die Mehrheit von *Personen* in den gesetzgebenden Versammlungen, die, wie stets eine Personenmehrheit, ihren Willen nur in der Form der Abstimmung zum Ausdruck bringen kann; und die Mehrheit

der gesetzgebenden Faktoren, deren Willensübereinstimmung unter einander in Bezug auf den inneren Willen ebenfalls nicht ohne weiteres angenommen werden kann. Um diese Schwierigkeiten zu heben, hat man die s. g. Paktentheorie aufgestellt.[1] Das heißt man hat im einzelnen festgestellt, wann eine die Auslegung bindende Übereinstimmung der gesetzgebenden Faktoren als vorhanden anzusehen ist. Die Regierung äußert sich danach in den den Entwürfen beigegebenen Motiven und den Auslassungen der Regierungskommissare, die Kammern durch den Mund ihrer Mitglieder sowohl der Berichterstatter der zur Begutachtung der Entwürfe eingesetzten Kommissionen als auch der einzelnen Mitglieder. Jede dieser drei Parteien hat die Pflicht, einer ihr nicht konvenierenden Auffassung über den Inhalt des Gesetzes zu widersprechen. Widerspricht sie nicht, so gilt das als Zustimmung.

Wenn man nun aber sich über die Schwierigkeiten und die unmöglichen Konsequenzen dieser Theorie hinwegsetzt, wenn man wirklich eine bestimmte Auffassung über den Sinn des Gesetzes auf die eine oder andere Art festgestellt zu haben glaubt, hat man dann den Willen des „Gesetzgebers" erkannt? Wer ist denn der Gesetzgeber? Keinenfalls kann doch der Gesetzesverfasser d. h. derjenige, der ursprünglich den Text des Gesetzes ersonnen hat, der den Entwurf aufgestellt hat, als Gesetzgeber angesehen werden. Er hat zwar sich gewiß irgend eine Meinung über die Bedeutung seiner Worte gebildet, es kann und wird ihm auch eine gewisse thatsächliche Autorität für den Inhalt dieser Worte beiwohnen, da er doch vermutlich in seinen Worten das zum Ausdruck gebracht hat, was er hat zum Ausdruck bringen wollen, da ferner anzunehmen ist, daß er den Gegenstand kennt, über den sein Gesetz handelt. Aber er hat keine formale Autorität,

[1]) Diese Theorie ist begründet von Wächter, vor allem in seinen Abhandlungen aus dem Strafrecht. Sie ist weiter geführt von Krug, Grundsätze S. 163 ff, 123 ff., Goldschmidt und anderen.

er kann keinenfalls als „der Gesetzgeber" angesehen werden. Seine Meinung kann daher nur in Betracht kommen, wenn sie von dem wirklichen Gesetzgeber angenommen worden ist.

Dagegen sind die gesetzgebenden Faktoren, also im Reich der Bundesrat und Reichstag, in den Einzelstaaten die Monarchen bezw. die Senate und die Parlamente mit formeller Autorität ausgestattet. Wenn man also ihren außerhalb des Gesetzes zum Ausdruck gekommenen Willen festzustellen imstande ist, so könnte man glauben, damit den Willen des Gesetzgebers zu haben. Es kann dabei die staatsrechtliche Frage, wer als eigentlicher Träger der Gesetzgebungsgewalt anzusehen ist, kaum von Einfluß sein.[1] Auch die Thatsache, daß die gesetzgebenden Faktoren in ihrer Thätigkeit als Vertreter des Staates angesehen werden müssen, daß sie mit dem Inhalt des Gesetzes, obwohl sein Wortlaut durch ihren Individualwillen Gesetz geworden ist, den allgemeinen Willen zum Ausdruck bringen, kann wohl kaum einen Unterschied machen.[2] Denn ihr Wille soll eben nach dieser Theorie, wie unbestritten im Rahmen der Gesetzesworte, so auch außerhalb der Gesetzesworte, soweit es sich um den Sinn und die Tragweite dieser Worte handelt, als allgemeiner Wille, als Wille des Staates, gelten.

Aber haben wir denn mit jenen Feststellungen in Wirklichkeit Willensäußerungen des „Gesetzgebers"?

Schaffrath[3] führt eine Menge Gründe an, weshalb die Motive und die sonstigen Materialien nicht als Gesetz gelten können. Sie seien nur einseitige Erklärungen eines gesetzgebenden Faktors, sie seien nicht an die Unterthanen als solche, sondern an den andern gesetzgebenden Faktor gerichtet und daher nicht für die Unterthanen verpflichtend, sie seien nur Vorstellungen, Urteile, Erzählungen, Forschungen, Gedanken, Schlüsse kurz nur theoretische Behauptungen und

---

[1]) Anders Binding, Handbuch S. 472, auch Wach S. 259.

[2]) Anders Hölder Kommentar, S. 23, auch Meyer bei Gruchot 23 S. 3.

[3]) Logische Auslegung §§ 8 ff.

Sätze oder Grundsätze der praktischen Vernunft der gesetzgebenden Gewalt aber nicht ihr als Norm für äußere Handlungen bestimmter Wille, sie seien nicht aus der Absicht ein Gesetz zu geben, aus der Absicht zu verpflichten entstanden, sondern nur eine Darlegung der Zwecke und Gründe des Gesetzes, um zu überzeugen und zwar die Kammern oder die Regierung zu überzeugen. Ihre Anerkennung stände im Widerspruch mit dem Willen der gesetzgebenden Gewalt, im Gesetz ihren Willen vollständig zu erklären, ferner mit der aus dem Wesen des Gesetzes und seiner für die Unterthanen verpflichtenden Kraft folgenden Forderung, daß das Gesetz an und für sich selbst, nicht erst durch andere Hülfsmittel, verständlich sein müsse, sie seien endlich nicht in der vorgeschriebenen Form als Gesetz erklärt und bekannt gemacht. Wenn diese Argumente sich auch speziell gegen die unrichtige Benutzung der Materialien richten und die Anerkennung dieser als Gesetz widerlegen, so ergeben sie doch auch, daß es manche Gründe giebt, die gegen den Willen des Gesetzgebers überhaupt sprechen.

Der Wille des Gesetzgebers nämlich kommt überhaupt nur zum Ausdruck im Gesetz. Nur im Gesetz spricht der Gesetzgeber, überall anderswo sprechen Personen, die, wie nahe sie dem Gesetzgeber auch physisch stehen mögen, juristisch nicht mit dem Gesetzgeber identisch sind. Daß dies theoretisch selbst in einem absolut regierten Staate — soweit hier nicht eben auch formlose Äußerungen des Herrschers als Gesetz anzusehen sind — gelten müßte, geht aus dem Wesen des Gesetzes, aus der Notwendigkeit einer Form für dasselbe, der Absicht, die Unterthanen zu verpflichten, aus dem Erfordernis der Verkündung hervor, daß es aber für unsere gesetzgebenden Versammlungen in besonderem Maße gilt, ergiebt sich von selbst.

Denn diese Versammlungen sind nur Gesetzgeber, so lange sie den Wortlaut des Gesetzes feststellen, sie äußern ihren Willen nur, wenn sie abstimmen. Sie können ihre Meinungen, ihre Gedanken, ihre Wünsche vortragen, aber

sie handeln hierbei nicht als Gesetzgeber, sondern als Mitglieder der Parlamente oder als Regierungskommissare, sie stellen keine verpflichtende Vorschrift auf, sondern sie geben nur Gründe, zunächst um die gesetzgebenden Faktoren von der Güte des Gesetzes zu überzeugen und zur Annahme des Gesetzes zu bewegen, vielleicht auch, um später den Ausleger zu überzeugen, daß ihre Meinung die richtige sei. Sie können als Versammlung ihre Meinung nur zum Ausdruck bringen, wenn sie beschließen, und sie können nur beschließen, wenn eine bestimmte Frage zur Abstimmung vorgelegt wird.

Kaum weniger schwierig, als es soeben war, einen „Gesetzgeber" zu finden, der den entscheidenden Willen hätte äußern können, ist es, einen Willen zu finden, den der Gesetzgeber bezüglich des Gesetzes gehabt hätte. Es fehlt also fast ebenso sehr an einem richtigen Willen, der zum Inhalt des Gesetzes gemacht werden könnte, wie es an einem Gesetzgeber fehlte, der ihn außerhalb des Gesetzes hätte zum Ausdruck bringen können. Um das, was hierbei mit dem Willen des Gesetzgebers gemeint ist, zu erkennen, muß man sich das Zustandekommen des Gesetzes vergegenwärtigen. Der innere Vorgang in den zur Gesetzgebung berufenen Personen, aus dem heraus die Annahme des Gesetzes erfolgt, derjenige Wille des Gesetzgebers, welcher dem Gesetz die Sanktion verleiht, ist ebenfalls „Wille des Gesetzgebers"; er will, daß der Entwurf, der ihm vorliegt, Gesetz sein soll. Aber nicht dieser Wille ist gemeint. Vielmehr handelt es sich um den Willen, welcher aus dem Gesetz heraus später ins Leben einzugreifen bestimmt ist, den Willen, der als Inhalt des Gesetzes anzusehen ist. Denn da das Gesetz Regeln für die Menschen aufstellt, enthält es einen Willensinhalt, der in seinen Bestimmungen niedergelegt ist. Das Gesetz ist, wie Wach bemerkt,[1] „Willensäußerung nicht nur in dem Sinne, daß die Äußerung ein Gewolltes ist, sondern

[1]) Handbuch S. 256.

daß das Geäußerte selbst Wille ist. Es ist nicht nur Vorstellung (irgend ein als vergangen oder gegenwärtig oder zukünftig Gedachtes) nicht nur Wunsch sondern ein kausales normierendes Wollen; nicht ist es Wort, hinter welchem ein Wollen steht, sondern Wort gewordener Wille. Das Gesetz interpretieren heißt nicht einen Willen suchen und aufdecken, welcher die Quelle des Wortes wurde, sondern welcher den Inhalt des Gesetzes bildet." Dieser Wille nun soll im Gesetzgeber vorhanden sein oder vorhanden gewesen sein.

Nun ist es eine ganz alltägliche Erscheinung, daß durch ein Gesetz Fälle als normiert anzusehen sind, an welche man weder bei seiner Abfassung noch bei seiner Annahme auch nur gedacht haben kann, bei unzähligen anderen Fällen wird es wenigstens unmöglich festzustellen sein, ob der Gesetzgeber an sie gedacht hat. Wenn beispielsweise ein älteres Gesetz das zu schnelle Fahren verbietet, so kann unmöglich der Gesetzgeber dabei schon an das zu rasche Fahren der Automobile gedacht haben. Trotzdem wird jeder Richter auch einen Automobillenker eventuell auf Grund dieses Gesetzes verurteilen. Die Auslegung würde, wie Hölder[1] bemerkt, wenn sie nur die Gedanken der Gesetzesverfasser zum Gegenstande hätte, gerade da aufhören, wo sie am notwendigsten wird. Denn „was der Verfasser des Gesetzes bei seiner Abfassung gedacht hat, das hat er in der Regel auch durch seine Fassung irgendwie angedeutet. Dasjenige dagegen, woran der Verfasser des Gesetzes nicht gedacht hat — und niemand kann zum Voraus alle Fragen übersehen, die bezüglich des Inhaltes des Gesetzes sich erheben werden, — das bedarf der Bestimmung durch Auslegung." Aus diesen Gründen nun geben die gemäßigten Vertreter der subjektiven Theorie es auch ohne weiteres zu, daß für den Willen des Gesetzgebers seine Vorstellung nicht entscheidend sein kann d. h. daß man auch das als vom Gesetzgeber gewollt ansehen muß, woran er nicht gedacht hat.

---

[1]) Kommentar S. 22 f.

So führt Regelsberger aus:[1] „Alles menschliche Handeln kann Wirkungen hervorrufen, welche von der Vorstellung des Handelnden nicht erfaßt waren. Auch das Gesetz wird sozusagen nicht in einen luftleeren Raum gestellt. Bei der Behauptung: Inhalt des Gesetzes ist der Wille des Gesetzgebers wird ein Wille angenommen, der auch den nicht vorgestellten Inhalt umfaßt.“ Ähnlich bemerkt Goldschmidt, der Wille des Verfassers sei an sich gleichgültig; der Wille des Gesetzgebers sei nicht gleichgültig, wohl aber dessen Einsicht, insbesondere könne das Gesetz eine weit größere Tragweite haben, als der Gesetzgeber sich dachte, oder es könne einem Gedanken, der dem Gesetzgeber nur unklar vorschwebte, einen klaren Ausdruck verleihen.[2] Wenn hiernach das Gesetz klüger sein kann als der Gesetzgeber, wenn es weiter sehen kann, als der Gesetzgeber sah, selbst besser ausgedrückt sein kann, als dieser sich bewußt war, so schränkt sich die Zahl der Fälle, wo Auslegung und Wille des Gesetzgebers mit einander in Streit geraten, zwar erheblich ein, doch bleibt auch so noch für alle Fälle, in denen der Gesetzgeber wirklich geäußert hat, was er mit dem Inhalt des Gesetzes wollte, unsere Frage offen. Welche Bedeutung haben solche Äußerungen? können sie die Auslegung binden? Diese Frage wird nun eben von den Anhängern der subjektiven Theorie bejaht. „Aber“, so fährt Goldschmidt nach dem oben Angeführten fort, „es kann als Inhalt des Gesetzes niemals das Gegenteil von dem gelten, was der Gesetzgeber mit demselben hat sagen wollen. Denn publiziert ist zwar nur das Wort, aber das Wort als Willensausdruck, also wie Thöl mit Recht sagt, der Wille in dem Wort. Maßgebend ist, was der Gesetzgeber wollend gesagt hat; verkehrt wäre der Satz: maßgebend ist, was der Gesetzgeber gesagt hat, gleichviel, was er damit gewollt hat.“ Und Regelsberger führt aus (S. 150), der Ausleger könne

---

[1] Pand. S. 144.

[2] Zeitschr. für Handelsr. 10 S. 44.

sich nicht gegen den ihm bekannten, zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers auflehnen.

Hierbei nun wären für die praktische Bedeutung der zu beantwortenden Frage noch verschiedene Unterscheidungen möglich. Vor allem die Unterscheidung, ob die Auslegung ohne den Willen des Gesetzgebers zu demselben Ergebnis gelangt wie mit demselben oder zu einem andern, im ersten Falle ergeben beide Theorien dasselbe praktische Resultat, im zweiten das entgegengesetzte. Jedoch kommt es für die grundsätzliche Bedeutung des gesetzgeberischen Willens auf diese praktische Verschiedenheit, die seine Beachtung in verschiedenen Fällen haben würde, nicht an.

Daß es nun aber auch aus der Natur des „Willens" folgt, daß der „Wille des Gesetzgebers" nicht die ihm zugeschriebene Bedeutung haben kann, beruht sowohl auf der eigentümlichen Natur einer Willenserklärung überhaupt, also auch des Gesetzes — denn dieses ist Willenserklärung —, im Gegensatz zu einer Gedankenäußerung, wie auf der besonderen Natur dieser im Gesetz liegenden Willenserklärung, endlich auch auf den Eigenschaften der übrigen vom Gesetzgeber ausgehenden Erklärungen über den Inhalt des Gesetzes.

1. Jeder Willenserklärung ist es nämlich eigentümlich — und das betonen auch für die rechtsgeschäftliche Willenserklärung diejenigen, welche die Erklärung vom inneren Willen loslösen wollen, die Anhänger der s. g. Erklärungstheorie —, daß sie, losgelöst von ihrem Urheber eine bis zu einem gewissen Grade selbständige Existenz gewinnt.

Innere Gedanken eines Menschen können unmittelbar von anderen nicht wahrgenommen werden. Man kleidet sie deshalb in äußere Zeichen, vor allem in Worte, und macht sie so äußerlich erkennbar und damit auch andern, welche diese Zeichen verstehen, zugänglich. Für andere besteht also dieser Gedanke mit dem Inhalte und Umfange, die aus der ihm von mir gegebenen Verkörperung als vorhanden angesehen werden müssen. Ist der Gedanke von mir mißverständlich ausgedrückt, so wird er auch verkehrt aufgefaßt werden.

Nur darf man jedoch nicht glauben, daß für die richtige Auffassung eines Gedankens im täglichen Verkehr stets und allein die für seine Verkörperung bestimmten Worte in ihrer allgemein angenommenen Bedeutung maßgebend wären. Die Betonung, Mienen und Geberden, der ganze Zustand, in welchem sich der Sprechende wie auch der Empfänger der Erklärung befindet, endlich vor allem die besondere Bedeutung, welche im Verkehr dieser beiden bestimmten Worten und Äußerungen zukommt, ist von bestimmendem Einfluß auf die aus einer Rede zu entnehmenden und wirklich entnommenen Gedanken. Wenn zwei Taubstumme sich in ihrer Geberdensprache unterhalten, so sind das vielleicht für mich völlig unverständliche Bewegungen, obwohl sie einander vollkommen verstehen.

Ferner ist es natürlich für den wirklichen Inhalt der Gedanken eines Menschen ganz gleich, was der Gegner nach den Äußerungen des Andern für dessen Gedanken hält, seine Gedanken bleiben doch, die sie waren.

Soweit daher der Erklärungsempfänger die wahren Gedanken jenes erforschen will und muß, wird er nicht nur alle die erwähnten Hülfsmittel zu Rate ziehen müssen, er wird auch, wenn er damit dennoch nicht zu den wahren Gedanken vordringt, eben seine Aufgabe nicht vollkommen gelöst haben.

Bei Erklärungen, welche einen Willen äußerlich zur Darstellung bringen sollen, kann nun aber eine so weit gehende Verpflichtung, den Gedanken des Erklärenden nachzugehen niemals als vorhanden angesehen werden. Mit andern Worten, es kann dem Empfänger der Erklärung niemals zugemutet werden, auf die Möglichkeit eines andern Willens des Erklärenden Rücksicht zu nehmen, als was er nach Maßgabe des ihm vorliegenden Materials als dessen Willen annehmen durfte. Das ergiebt sich aus den Wirkungen, welche der Wille im äußeren Leben nach sich zieht. Für solche äußeren Wirkungen kann auch nur das Äußere, thatsächlich Greifbare, die Erklärung, nicht das

Innere, Unerkennbare, maßgebend sein. Die Gedanken des Redenden bleiben allerdings seine Gedanken, aber sein Wille wird zu einem bedeutungslosen inneren Vorgang, wirksam nur noch nach Maßgabe des Inhalts seiner Erklärung. Die Willenserklärung erhebt „den durch sie erklärten Willen zu einem solchen, der als Wille ihres Urhebers gilt, sodaß andere ihn als den seinigen zu beachten haben und auf ihn als den seinigen sich berufen können." „Wer Anderen einen bestimmten Willen als den seinigen erklärt, der erklärt ihn dadurch nicht nur scheinbar, sondern wirklich für den seinigen, so daß die Personen, denen die Erklärung gilt, ihn als den seinigen geltend machen können und gelten lassen müssen."[1] Hiermit ist zunächst festgestellt, daß für uns niemals eine Verpflichtung existiert, den wirklichen inneren Wert des Gesetzgebers ausfindig zu machen. Wie dies in den meisten Fällen eine Unmöglichkeit wäre, so ist es in allen Fällen unnötig. Wir brauchen uns niemals im geringsten darüber zu beunruhigen, ob wir den wirklichen inneren Willen des Gesetzgebers kennen oder nicht. Damit ist aber der Auffassung vom Willen des Gesetzgebers die Spitze abgebrochen. Denn es zeigt sich, daß die Feststellung des gesetzgeberischen Willens nicht in irgend einer Art Voraussetzung für die Erkenntnis des Gesetzes noch überhaupt von alleiniger Bedeutung für den Inhalt des Gesetzes sein kann.

2. Hiernach ist die Bedeutung des inneren Willens bei jeder Willenserklärung nicht so groß, wie man annehmen könnte. Um aber speziell die Bedeutung dessen zu erkennen, was man als Wille des Gesetzgebers bezeichnet, muß man sich dies noch besonders ansehen. Ist denn das, was man als „Wille des Gesetzgebers" bezeichnet, in Wirklichkeit dieser innere Wille? Der innere Wille ist doch nicht wahrnehmbar. Es handelt sich also auch bei den außerhalb des Gesetzes stehenden Offenbarungen natürlich nur um Erklärungen des inneren

[1]) Hölder, Kommentar, S. 15.

Willens. Allerdings nun sind auch diese außerhalb des Gesetzes stehenden Mitteilungen der gesetzgebenden Gewalt für die Kenntnis des wirklich in dem Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes vorhanden gewesenen „Willens" nicht etwa völlig bedeutungslos, sie machen uns mit seinen Wünschen und Absichten bekannt. Aber sie sind dies eben nur deshalb, weil sie sich ebenfalls als Erklärungen dieses Willens darstellen. Sie können niemals als reine, absolute Darstellungen des gesetzgeberischen Willens angesehen werden, sondern sie spielen stets nur eine Rolle als Erklärungen desselben. Als Erklärungen aber spielen sie naturgemäß und notwendig eine untergeordnete Rolle. Denn — das wird niemand bestreiten — die Haupterklärung des gesetzgeberischen Willens ist das Gesetz selbst. Neben dieser Haupterklärung sie als accessorische, in zweiter Linie stehende Erklärungen, soweit ihnen eine Bedeutung nach ihrem inneren Werte und ihrem Verhältnis zum Gesetz zukommt, zuzulassen, wäre an sich, nach der Natur einer Willenserklärung, allerdings nur angemessen.

Aber man muß noch die besondere Natur des Gesetzes beachten. Denn das Gesetz in seiner heutigen Gestalt ist weit unabhängiger von dem Rahmen, aus dem es hervorgegangen, von den Verhältnissen, die es umgeben, als irgend eine andere Willenserklärung oder genauer gesagt als die ausdrücklichen Worte einer andern Willenserklärung im Verhältnis zu dem nicht mit ausdrücklichen Worten Erklärten. Bei dem Gesetz trifft alles, was oben von der Notwendigkeit der Beachtung der außerhalb der eigentlichen Erklärung liegenden Momente, der Mienen und Geberden, der besonderen verabredeten Bedeutung eines Wortes, gesagt ist, nicht zu. Bei dem Ausdruck des gesetzgeberischen Willens dürfen allerdings im Gegensatz zu anderen Erklärungen nur die für seine Verkörperung bestimmten Worte in ihrer allgemein angenommenen Bedeutung maßgebend sein. Das folgt aus der besonderen Natur des Gesetzes, aus der

peinlichen Feststellung seines Wortlauts, aus seiner allgemeinen Geltung, aus der formellen Art seiner Bekanntmachung.

Aber eine weitere Erwägung führt dennoch wieder zur Möglichkeit der Benutzung der Willensäußerungen des Gesetzgebers und eine zweite Erwägung führt zur richtigen Benutzung derselben. Diese Loslösung des Gesetzes von seiner Umgebung, von der wir oben sprachen, sie ist bei genauerem Nachsehen doch nicht in dem Maße vorhanden, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Sie ist vorhanden; und sie muß vorhanden sein, um der Sicherheit des Rechtes willen, seiner leichten Erkennbarkeit wegen, kurz aus praktischen Gründen. Aber sie liegt nicht im Wesen der Sache. Wo diese praktischen Gründe nicht vorliegen, da verschwindet auch diese äußerlich vorhandene Lösung des Gesetzes von seinem Hintergrunde. Also gerade für die tiefere eindringende Betrachtung erneut sich der Zusammenhang des Gesetzes mit den unterliegenden Verhältnissen, welcher durch die Publikation gelöst schien. Man könnte sagen, für den täglichen Gebrauch des Gesetzes ist er nicht vorhanden, aber beim Vorliegen besonderer Anlässe, bei der Notwendigkeit tieferen Eindringens stellt er sich heraus, sei es, daß eine Unklarheit, eine Unbestimmtheit, kurz irgend ein Notstand vorliegt, sei es, daß man auch ohne solchen das Gesetz bis auf seine tiefer gelegenen Fundamente verfolgen will. Daraus geht hervor, daß dieser Zusammenhang für den Bürger, der im täglichen Leben sich des Gesetzes in zahllosen Anwendungen bedient, weit weniger vorhanden ist, als für den Juristen und vor allem für den wissenschaftlich thätigen Juristen, der seine ganze Arbeitskraft der Erforschung und tieferen Begründung des Gesetzes widmet.

Aber dieser Rahmen, in den das Gesetz hineingehört, aus dem es durch die Publikation äußerlich heraustritt, er liegt keineswegs allein in den Willensäußerungen des Gesetzgebers. Es ist ein großer Irrtum, ihn nur in den

Motiven, Protokollen, Parlamentsäußerungen ꝛc. zu sehen. Er ist nicht wie bei rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der besondere Zustand irgend eines Menschen oder irgend welcher Menschen, sondern der allgemeine Zustand d. h. das ganze Volksleben. Daß dabei vor allem der Rechtszustand, aus dem das Gesetz hervorging, und der Stand der Rechtswissenschaft zur Zeit seines Erlasses in Betracht kommen, ist gewiß. Aber es verdienen auch Berücksichtigung der Stand und die Ergebnisse aller anderen Wissenschaften, der Zustand der Volkswirtschaft, die sozialen Verhältnisse, die Sprache, die Religion, die Sitten des Volkes, um dessen Gesetz es sich handelt.

Da ist nun allerdings — das läßt sich gewiß nicht leugnen — ein ganz hervorragend wichtiger Teil dieses Volkslebens, ein für den Inhalt des Gesetzes ganz besonders bedeutungsvoller Ausschnitt desselben die Vorgeschichte des Gesetzes selbst. Er ist derjenige Abschnitt des Volkslebens, aus dem das Gesetz in der Gestalt des publizierten Textes unmittelbar entstanden ist. Er liegt dem Gesetz am nächsten, er hat auf das Gesetz Bezug, er rührt von den Verfassern des Gesetzes her und damit von Männern, deren äußere Legitimation sich ja eben aus ihrer Mitarbeit an der Gesetzesfeststellung ergiebt und deren innere Qualifikation, in besonderer Weise den gegebenen Zustand des Rechtslebens sich zum Bewußtsein und andern zur Erkenntnis bringen zu können, doch wohl ebenfalls außer Zweifel steht.

Die Berücksichtigung aller dieser Momente ist denn auch für die richtige Benutzung der Materialien, der vorzugsweise bedeutungsvollen Kundgebungen des „Willens des Gesetzgebers" notwendig. Sie sind, wie sich ergiebt, nicht „der Wille des Gesetzgebers" sondern höchstens eine Erklärung dieses Willens. Im Verhältnis zum Gesetz aber bilden sie ein untergeordnetes Erklärungsmittel. Daraus folgt, daß aus ihnen niemals das Gesetz geändert, weder vermehrt noch berichtigt, werden kann. Im übrigen muß man sich bei ihrer Benutzung stets gegenwärtig halten, daß

das Gesetz sich durch die Publikation von dem umgebenden Rahmen losgelöst hat und daß der Bürger verlangen kann, daß ihm nach dem Gesetz und nicht nach den Materialien Recht gesprochen werde. Andrerseits darf man nicht außer Acht lassen, daß das Gesetz dennoch ein Produkt der Verhältnisse bleibt, aus denen es hervorgegangen ist und daß zwar diese Verhältnisse in der geschichtlichen Grundlage des Gesetzes überhaupt zu suchen sind, daß jedoch ein für den Inhalt des Gesetzes besonders bedeutsamer Teil dieser Geschichte, ein dem Gesetz besonders nahestehender und für dasselbe mit besonderer Autorität bekleideter Bestandteil dieses Volkslebens in den Meinungen, Wünschen, Absichten der an der Gesetzesfeststellung beteiligten Personen gefunden werden muß. Daraus ergiebt sich einmal, daß nicht unversehens aus dem Hinterhalt der Materialien eine Auffassung in die Rechtsprechung eindringen darf, die nicht aus dem Gesetz allein entnommen werden konnte. Ferner ergiebt sich, daß die Materialien nicht benutzt werden dürfen, wenn sie falsch sind oder schlecht sind, wenn sie der Lage der Sache nicht entsprechen, den wirklichen Verhältnissen, von denen sie reden, nicht gerecht werden, daß also das wirkliche Eindringen in die noch tiefer liegenden Grundlagen des Gesetzes, aus denen auch die Materialien hervorgegangen sind, besser ist und größere Sicherheit gewährt, als wenn man den Inhalt der Materialien maßgebend sein läßt.

Andrerseits aber ergiebt sich, daß die Materialien wichtiger, bedeutungsvoller für die Auslegung sind als die Meinungen irgend eines beliebigen Menschen über den Inhalt des Gesetzes. Sie haben nicht lediglich die Überzeugungskraft ihrer Gründe[1], wenn auch diese natürlich unbedingt. Sie haben nicht nur eine bedeutende thatsächliche Autorität, weil sie von tüchtigen Juristen und Kennern der Verhältnissen herrühren, sondern auch eine spezifische Bedeutung, weil sie von den Verfassern des Gesetzes ausgehen und aus

[1]) So Binding S. 469.

ihnen das Gesetz selbst sich allmählich entwickelt hat. Man darf ihnen also schon zutrauen, daß sie im allgemeinen das Richtige treffen, man darf ihnen häufig eine besondere und größere Bedeutung beimessen als den Meinungen anderer, man darf ihnen unter Umständen, wenn nur gerade der Verfasser des Gesetzes als solcher das beste Urteil über die Bedeutung irgend eines Umstandes, etwa die besondere Bedeutung irgend eines gebrauchten Wortes, haben kann, ohne weiteres folgen.

3. Bisher argumentierten wir aus der Natur des Gesetzes. Betrachten wir endlich noch die Bedeutung, welche jenen Äußerungen des Gesetzgebers ihrer eigenen Natur nach zukommt, ob dieselben in sich wenigstens die Eigenschaften tragen, die sie zu der Stellung, die man ihnen anweist, berechtigen, so müssen wir auch das verneinen. Zunächst, rein äußerlich, bemerkt man sogleich, wie sehr häufig diese Erklärungen es an der für irgend eine positive Geltung nötigen Festigkeit und Bestimmtheit fehlen lassen. Sollen Äußerungen eines Parlamentredners, vielleicht in der Hitze des Gefechts weit über ihr zuerst beabsichtigtes Ziel hinausschießend, vielleicht von Parteileidenschaft eingegeben, vielleicht auch von der Absicht, eine in Wirklichkeit nicht vorhandene Gelehrsamkeit zur Schau zu tragen, maßgebenden Einfluß auf die spätere Auslegung üben können? Wie sehr gerade in diesem Punkt das Gesetz diesen Erklärungen überlegen ist, braucht nicht noch mal betont zu werden. „Warum sollten unsichere Erklärungen als Mittel mehr Kraft und Geltung, mehr Ansehen haben, als das Gesetz und die klaren, festen unabänderlichen Worte des Gesetzes, welchem als dem (End-) Zwecke jene unsichern, . . abänderlichen Erklärungen nur als Mittel dienen?“ ruft Schaffrath (S. 39) aus. Es ist also häufig nicht einmal etwas Sicheres, etwas Bestimmtes über den Willen des Gesetzgebers aus seinen Erklärungen zu entnehmen. Wer bürgt ferner dafür, daß der Wille des Gesetzgebers, wenn er ursprünglich ein bestimmter war, sich nicht nachher geändert

hat! Da sich das Gesetz aus dem Meinungsstreite der verschiedenen an der Gesetzgebung beteiligten Personen entwickelt, so kann gar nicht jede vorgetragene Meinung Aufnahme gefunden haben. Kurz die Erklärungen des gesetzgeberischen Willens entbehren der Deutlichkeit, Festigkeit und Unabänderlichkeit, die nötig wäre, um in irgend einer Weise die Auslegung zu binden.

Ebensowenig entspricht die innere Bedeutung dieser gesetzgeberischen Äußerungen über den Inhalt des Gesetzes einem wirklichen Willen des Gesetzgebers. Wann „will" der Gesetzgeber außer im Gesetz? Er äußert Meinungen, Wünsche, Gedanken, er spricht über das, was ihn veranlaßt habe, das Gesetz zu geben, über das allmähliche Werden des Gesetzes, über den Wortlaut des Gesetzes, endlich allerdings auch über das, was er im Gesetze ausgesprochen zu haben meint, aber einen Willen äußert er doch damit nicht, einen Willen äußert er nur im Gesetz.

Wollte man sich wirklich an das, was der Gesetzgeber über den Inhalt des Gesetzes gesagt hat, als an seinen Willen gebunden erachten, so käme man zu der, von Windscheid wirklich gezogenen, Konsequenz, das Gesetz unter Umständen als ungültig oder nicht vorhanden betrachten zu müssen. Die Meinung des Gesetzgebers über den Inhalt des Gesetzes kann, die Möglichkeit muß zugegeben werden, völlig unsinnig sein. Daß dann nicht diese verkehrte Meinung Gesetz geworden ist, liegt auf der Hand. Aber auch die Konsequenz zu ziehen, das Gesetz völlig auszutilgen, wird man schwerlich in der Praxis jemals den Mut haben; und nach den obigen Ausführungen wird man allerdings nur recht hieran thun.

§ 4. Gegenstand der Auslegung ist der „Wille des Gesetzes".

Die Gründe, das Gesetz lediglich aus sich selbst auszulegen und dem Willen des Gesetzgebers, soweit er nicht

auch der des Gesetzes ist, keinen Einfluß einzuräumen, sind sowohl äußere wie innere, sie folgen sowohl aus der Art und Weise der Entstehung des Gesetzes wie aus dem Wesen des Gesetzes selbst. Sie zeigen, daß nicht nur negativ der Wille des Gesetzgebers nicht Gegenstand der Auslegung ist und sein kann, sondern positiv der „Wille des Gesetzes".[1]

Ein Gesetz kommt zu stande, indem der Entwurf die verfassungsmäßige Annahme und Sanktion der gesetzgebenden Faktoren erhält. Wie ist nun diese Annahme des Gesetzes zu denken? Genehmigt jeder einzelne, der zustimmt, damit nur das, was vom Inhalt des Gesetzes in sein Bewußtsein übergegangen ist, und verlangt er, daß gerade so wie er sich diesen Inhalt vorgestellt, ihn sich auch später der Richter vorstellen müsse. Diese Auffassung entspricht nicht den Thatsachen. Die Annahme des Gesetzes bedeutet Annahme des Gesetzesinhalts, so wie er objektiv ist, nicht, wie er subjektiv zum Bewußtsein kam. Gesetz soll werden, was im Gesetz steht. Das ist, dem einzelnen bewußt oder unbewußt, der Inhalt seines dem Gesetz zustimmenden Votums. Soll etwa der Monarch z. B. in Preußen neben seinen sonstigen Pflichten den Inhalt sämtlicher von ihm sanktionierter Gesetze sich voll zum Bewußtsein bringen? Er sanktioniert das Gesetz mit dem Inhalt, den es hat; und diese Sanktion ist doch seine ureigenste That, so daß darin nicht etwa eine Bestätigung alles dessen liegt, was seine Beamten und Gehülfen über das Gesetz gesagt und gedacht haben. Nicht anders eine große Zahl, wenn nicht die Mehrzahl der Abgeordneten. Wie viele kennen bei großen Gesetzen auch nur den hauptsächlichsten Inhalt? Sie

[1]) Der Ausdruck „Wille des Gesetzes" ist allgemein üblich. Auch ist er geeignet, das was man ausdrücken will, in kurzen Worten deutlich zu machen, obwohl ein Bild, welches die nur dem Menschen eigentümliche Fähigkeit zu wollen, auf das Gesetz überträgt, immer ein Bild bleibt. „Das Gesetz denkt und will, was der vernünftig denkende Volksgeist aus ihm entnimmt." Binding S. 456.

nehmen das Gesetz an mit einer Art Zuversicht, daß es schon so, wie es ist, gut sein werde. Und wenn sie wirklich nach Möglichkeit die Wirkungen des Gesetzes vorher zu erkennen gesucht haben, so ist es ihnen doch klar, daß das, was ihnen entgangen ist, dennoch ebenfalls Gesetz geworden ist.

Zu demselben Ergebnis führt uns eine Betrachtung des Gesetzes selbst. In dem geschriebenen Gesetze haben wir eine Anzahl Worte und Sätze vor uns so zusammengesetzt, daß der Leser aus ihnen einen Gedanken entnimmt. Diese Worte sind nicht durch Zufall in das Gesetz hineingeweht, sondern sie sind menschliche Rede, menschliche Schrift, von dem Gesetzesverfasser absichtlich so und nicht anders gewählt. Sie sind aber deshalb so gewählt, weil der Verfasser seinerseits, als er sie schrieb, einen Gedanken hatte, den er zum Ausdruck bringen wollte. Das Mittel, diesen Gedanken erkennbar zu machen, bildeten ihm die Gesetzesworte.

Ist nun aber der Gedanke, der in uns entsteht, wenn wir das Gesetz lesen, an Inhalt und Umfang genau dem gleich, den der Gesetzesverfasser in sich trug, als er das Gesetz schrieb? Soll er das sein? Kann er das überhaupt sein? Ist also das Gesetz wie ein Uhrwerk, das zwei Uhren bewegt, die stets gleich zeigen müssen? Wäre das Gesetz nichts anderes als eine private Willenserklärung, so wäre dies vielleicht richtig. Denn diese ist in der That nur ein Mittel, um einen Gedanken zu offenbaren, nur eine Erklärung, um einen Willen zu veräußerlichen und erkennbar zu machen. Dennoch wollen viele Schriftsteller und mit triftigen Gründen auch diese Erklärung verselbstständigen und ihre Rechtswirkungen nach dem Inhalt bestimmen, den der Gegner, der Empfänger, aus ihr entnehmen mußte. Vor allem aber giebt es bei ihr und kann es bei ihr geben eine Anfechtung oder Nichtigkeit wegen Irrtums des Erklärenden über den Inhalt seiner Erklärung. Denn über dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger steht der Richter und entscheidet, was der Erklärende gewollt und was er erklärt habe. Wie aber soll „der Gesetzgeber“,

anders als durch ein neues Gesetz, sein Gesetz anfechten, wenn er erkennt, daß er sich über den Inhalt seiner Erklärung geirrt habe? Wir können also aus dem Gesetz immer nur das entnehmen, was wir darin finden und wir werden das entnehmen, was wir nach gewissenhafter Prüfung aller Momente für seinen Inhalt ansehen müssen. Das aber braucht keineswegs identisch zu sein mit dem, was der Gesetzgeber dachte und wollte.

In Wirklichkeit aber ist nichts verkehrter als jene Gleichstellung des Gesetzes mit einer beliebigen anderen Willenserklärung. Vielmehr hat das Gesetz Eigenschaften, durch die es sich von allen übrigen Willenserklärungen unterscheidet. Denn in einem Gesetz tritt uns eine Schöpfung entgegen, die nunmehr unabhängig und losgelöst von ihrem Schöpfer ihr selbstständiges Dasein führt. Wie das Kind, wenn es vom Mutterleibe getrennt ist, jetzt durch sich selbst und aus sich selbst lebt und wächst, so lebt auch in dem publizierten Gesetz ein neues Wesen und ein neuer Wille, ein eigener Sinn und eine eigene Kraft.

Denn das Gesetz besteht, wenn es vom Gesetzgeber entlassen ist, nicht mehr nur aus den einzelnen Normen, aus denen es zusammengesetzt wurde, sondern es bildet sich seine eigene Ordnung, sein System, und ebenso wie es sich selbst die richtige Gestalt giebt und seine einzelnen Vorschriften zu einander in Beziehung setzt, so wird es auch als Ganzes dem übrigen Recht eingeordnet und zu den übrigen Bestandteilen des positiven Rechts in die rechte Beziehung gesetzt. Das Gesetz „reißt sich durch die Publikation vom Gesetzgeber los“ und „tritt nunmehr durch den systematischen Zusammenhang, in welchen seine einzelnen Rechtssätze zu einander und zu dem bereits geltenden Rechte aufzufassen sind, so selbständig als der publizierte Wille der gesetzgebenden Gewalt heraus, daß der Wille und die Einsicht der eigentlichen Verfasser des Gesetzes gleichgültig wird.“ (Thöl, Einleitung S. 150). Aus einem solchen Entstehungsakte geht aber etwas ganz anderes her-

vor als eine gewöhnliche Erklärung. Sein Produkt ist nicht lediglich ein in Worte gefaßter Gedanke, ein Satz wie andere Sätze mit einem bestimmten unveränderlichen Sinn. Es ist nicht das tote Wort allein mit starrem, ausgeprägtem Inhalt, aus dem es besteht, sondern es ist eine lebendige Kraft[1] in ihm, durch die es sich frisch erhält, sich entwickelt, sich ergänzt und erneuert. Die Veränderungen der Lebensverhältnisse, die das Gesetz regeln soll, die Veränderungen der Menschen, die dem Gesetz unterworfen sind, die Veränderungen der Sprache, der Sitte, der Anschauungen verändern auch das Gesetz selbst. Sehr gut hat Kohler dieses eigentümliche Wesen des Gesetzes erkannt, indem er ausführt:[2] „In dem Gesetze wie in jeder intuitiven Geistesthat liegt ein Fonds unbewußten kaum geahnten Geisteslebens, in ihm ruht, wie in einem Kunstwerk die Quintessenz der Denk- und Fühlweise einer ganzen Epoche." „Fürwahr der Schöpfer des Gesetzes ist nicht Herr des Organismus, welchen er aus seinem Bereiche entläßt; er kann ihm nicht seine Bahnen anweisen, ihm nicht seine Meinung und Auffassung oktroieren; der gesetzliche Organismus enthält ein geistiges Agens, das durch Beobachtungen, Eindrücke und Empfindungen beeinflußt wird, welche dem Schöpfer des Gesetzes vielfach gar nicht bewußt sind."

Der Wille aber, der aus dem Gesetz zu uns spricht, man mag ihn den unpersönlichen Rechtswillen nennen (Binding, S. 456) oder den Gemeinwillen (Hölder, Kommentar S. 23), ist eben derjenige Wille, welcher im Leben aus dem Gesetz entnommen wird und bei richtiger Auslegung aus ihm entnommen werden muß. Subjekt dieses Willens ist daher die Gesamtheit derjenigen, welche mit der Auslegung des Gesetzes zu thun haben, vor allem also die Richter und die sonst zur Durchführung des Gesetzes

---

[1]) Wach, Handbuch Bd. I S. 257: „Das Gesetz ist eine konstante lebendige Kraft."

[2]) Bei Grünhut 13 S. 29 u. 30.

bestimmten Organe. Reuterskiöld[1] bemerkt mit vollem Recht von diesem Willen, daß es der jederzeit aktuelle, durch die Organe der Gemeinschaft und in denselben thätige Gemeinwille sei, wodurch Gesetz und Recht fortwährend und thatsächlich aufrecht erhalten und angewendet werden. Daher ist es nicht richtig, daß mit der Aufstellung eines solchen Willens das Gesetz als Person fingiert werde (wie Enneccerus, Bürg. R. I S. 18 behauptet). Denn das Gesetz selbst „will" allerdings nicht, sondern die Menschen, welche es durchführen, wollen.

Der Inhalt des Gesetzes kann aber überhaupt nur dadurch aktuell werden, daß er im Leben von irgend welchen Menschen durchgeführt wird. Der Wille, der thatsächlich verwirklicht wird, geht immer vom Menschen aus. Also auch wenn man den Willen des Gesetzgebers im Gesetze suchen müßte, so ist doch die Idee keineswegs aufrecht zu erhalten, daß der Gesetzgeber persönlich durch seinen Willen das Leben regiert. Es ist das schon deshalb unmöglich, weil der Gesetzgeber die Verhältnisse selbst, welche das Gesetz regelt, die Ereignisse im Leben, in welche es eingreift, nicht will, sondern nur voraussetzt.[2] Diese Ereignisse werden stets nur von den Beteiligten gewollt. Der Gesetzgeber will nur, daß das Gesetz angewendet werde, wenn solche Verhältnisse Ereignis werden. Es entspricht aber auch nicht unserer Vorstellung, daß der Gesetzgeber zu jedem Ereignis des Lebens, das vom Gesetz geregelt wird, als persönlich herantretend gedacht wird. Wenn wir die markanteste Verwirklichung des Gesetzes, das richterliche Urteil, nehmen, so ist doch dieses nicht selbst „Wille des Gesetzgebers", sondern es ist höchstens die Verwirklichung dies Willens durch einen andern Willen, den des Richters und der übrigen dazu bestimmten Organe. Der im Gesetz niedergelegte Willensinhalt, auch wenn es sich hierbei um den Willen des

[1]) Rechtsauslegung S. 64, siehe überhaupt Reuterskiöld S. 63 ff.
[2]) Reuterskiöld S. 64.

Gesetzgebers handeln würde, bedarf also, um thatsächlich normierend zu wirken, noch eines andern Willens, der ihn verwirklicht. Dieser Wille aber geht stets von lebenden Menschen aus.

§ 5. Die Auslegung im allgemeinen.

I. Da durch die Auslegung der Inhalt des Gesetzes ermittelt werden soll, so ist Auslegen Sache eines jeden, den der Inhalt des Gesetzes in irgend einer Weise angeht. Daher kann auch jeder Privatmann, der seine Rechtsverhältnisse den Gesetzen gemäß einrichten will, ein Interesse an Auslegung des Gesetzes haben. Die berufsmäßigen Subjekte der Auslegung sind jedoch die Juristen, — sowohl als Theoretiker wie als Praktiker, — die sich gerade mit der Auslegung auf dem spezifisch juristischen Teile ihres Thätigkeitsfeldes befinden. Und zwar stehen grade auf dem Gebiete der Auslegung Wissenschaft und Praxis in einer stetigen ebenso notwendigen wie ersprießlichen Verbindung und Wechselwirkung. Wenn dabei der Anteil, welchen die Wissenschaft an der Auslegung hat, umfassender, bedeutender, ihre Wirkungen breiter und durch das allmähliche Eindringen ihrer Ergebnisse in die Praxis auch nachhaltiger sind, so ist andrerseits die Wirkung der durch die Praxis betriebenen Auslegung unmittelbarer, energischer und im Gegensatz zu jener direkt ins Leben eingreifend.

Die Praxis bedarf des ausgelegten Gesetzes zur richtigen und gesetzmäßigen Entscheidung der ihr vorkommenden Fälle. Dennoch ist es ihr oft unmöglich, dies Geschäft selbst mit ausreichender Gewissenhaftigkeit vorzunehmen, stets nützlich, ihre Resultate zu prüfen und mit anderen zu vergleichen. Da benutzt sie denn die Ergebnisse, die die Wissenschaft, ihr vorarbeitend, inzwischen zu Tage gefördet hat.

Andrerseits will die Wissenschaft, ihrem Wesen folgend, den wahren und vollständigen Inhalt des Gesetzes ermitteln.

Dies kann sie aber nur, wenn sie sich die Thatbestände und Fälle des Lebens, auf welche das Gesetz Anwendung finden soll, vor Augen hält.

II. Die Auslegung selbst nun ist, wie Windscheid[1] bemerkt, „nicht sowohl eine Wissenschaft, welche gelehrt werden kann, als eine Kunst, welche gelernt werden muß." Das soll bedeuten, daß es mehr darauf ankomme, sich zu bilden und zu üben, vor allem durch die Betrachtung guter Vorbilder die eigene Kunst zu fördern, als die wissenschaftlichen Regeln darüber zu erlernen.

In der That wird es niemals genügen, die Regeln dieser Thätigkeit theoretisch zu erlernen, um sie in der Praxis anwenden zu können, und andrerseits wird häufig auch ohne Kenntnis der Theorie die Fähigkeit der Auslegung vorhanden sein. Man hat mit Recht, um letzteres zu erklären, auf die Analogie der Sprache hingewiesen.[2] Wir alle sprechen unsere Muttersprache richtig, bevor wir eine Ahnung von den Sprachgesetzen haben. Und derjenige, welcher sich die Regeln der Sprache noch so gut zu eigen gemacht hat, wird doch noch nicht immer die Fähigkeit besitzen, sich im täglichen Leben richtig auszudrücken. Übrigens braucht es kaum erwähnt zu werden, daß dennoch die Lehre von der Auslegung ebensowenig wie die Sprachlehre überflüssig oder wertlos ist.

Die Thätigkeit der Auslegung nun besteht in einer geistigen Arbeit am Gesetz. Sie erfolgt durch Nachdenken[3]. Ist aber schon jede geistige Aufnahme des Gesetzes Auslegung? Wie verhalten wir uns gegenüber dem Gesetz? Das erste Ziel, das sich derjenige, der sich mit einem Gesetze beschäftigt, setzen wird, ist die Kenntnis des Gesetzes, also bei einem geschriebenen Gesetz die Kenntnis seines Wortlauts. Diese Kenntnis ist leicht zu erlangen. Man nimmt sich das Gesetzbuch vor und liest das Gesetz. Jeder Laie, der die

[1]) Pandekten 8. A. I S. 82.
[2]) Regelsberger, Pand. S. 140.
[3]) Savigny, Bd. I S. 206, 207. Dernburg, Pand. S. 75.

Sprache des Gesetzbuchs spricht, wird sie sich durch das bloße Lesen des Gesetzes verschaffen und rein gedächtnismäßig erhalten können. Etwas weiter geht schon das Verständnis des Gesetzes. Denn zum Besitze des Gesetzes genügt natürlich nicht das gedächtnismäßige Aufnehmen seines Textes, sondern es ist nötig, daß man die Bedeutung der Worte und Sätze kennt und sich klar macht. Hierzu muß man z. B. auch die technisch juristischen Ausdrücke verstehen, man muß auf Satzbau, Interpunktion und Zusammenhang der einzelnen Sätze mit einander achten. Wenn das Gesetz z. B. von einem gefährlichen Werkzeug spricht, so muß man wissen, was ein Werkzeug ist und was es bedeutet, daß etwas dem Menschen gefährlich ist. Dann wird man sich eine Vorstellung von einem gefährlichen Werkzeug machen können. Kurz man muß wissen, was diese Worte und Sätze nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeuten. Auch zu diesem Verständnis kann jeder Laie allein mit Hülfe des Gesetzestextes und seiner allgemeinen Kenntnisse unschwer gelangen. Und da das Gesetz für Laien gegeben ist, so ist es gewiß nur gut, wenn es so abgefaßt ist, daß ein Laie es verstehen kann. Ist nun dieses schon Auslegung? Man wird zugeben müssen, daß nicht jede Thätigkeit, die zur Erkenntnis des in dem Gesetz niedergelegten gedanklichen Inhalts führen soll, Auslegung in vollem Sinne genannt werden kann. Denn sonst könnte man nicht in das Gesetzbuch hineinblicken, ohne auszulegen. Aber eine Grenze zu ziehen zwischen dem, was wir Verständnis nannten, und zwischen der Auslegung, das ist deshalb unthunlich, weil es sich hier nur um eine quantitative nicht qualitative Unterscheidung handelt. Alles, was nicht mehr Verständnis ist, ist Auslegung, und alles, was noch nicht Auslegung ist, ist Verständnis. Da, wo man den Sinn des Gesetzes nur durch Nachdenken, durch Thätigkeit ermitteln kann, da, wo man genötigt ist, seine Meinung durch Gründe zu stützen, um Dritte von ihrer Richtigkeit zu überzeugen, wird man mit Recht sagen können,

man habe das Gesetz ausgelegt. Aber da diese Frage heute[1] mehr von theoretischer als von praktischer Bedeutung ist, so wird diese Unsicherheit keinen Schaden weiter anrichten.

Dies ist auch der Grund, weshalb von den Schriftstellern diesem Unterschied keine Beachtung geschenkt wird, was aber wieder zur Folge hat, daß der Auslegungsbegriff von manchen Schriftstellern zu weit gefaßt wird. Dennoch, wenn Thibaut[2] bemerkt: „Wird dieser Sinn (einer Rede) aus Gründen entwickelt, so nennt man dies Auslegung, die Rede sei nun an sich dunkel und insofern einer Erklärung bedürftig oder nicht“ und Lang[3] ausführlicher darlegt: „Giebt er sich und andern von den Gründen seines Verständnisses Rechenschaft, stellt er den rekonstruierten, in der Rede ausgedrückten Gedanken äußerlich dar, weist er die Mehrheit der in der Rede enthaltenen Gedanken nach, sondert er die einzelnen von einander ab, so daß kein Teil der Rede unverstanden bleibt, so entwickelt er den Sinn der Rede, und diese Entwicklung des Sinnes der Rede ist die Auslegung“, so weisen sie mit Recht darauf hin, daß nicht jedes Verstehen ein Auslegen ist.

Dieses im engeren Sinn verstandene Auslegungsgeschäft wird nun allerdings der Jurist besser zu betreiben verstehen als der Laie. Er wird vermöge seiner umfassenderen Kenntnisse und seiner durch Übung geschärften Fähigkeiten besser im stande sein, die Gründe zu finden, auf denen sich ein richtiges Auslegungsresultat aufbauen läßt. Die Erscheinung übrigens, daß man nicht selten dem Richter verboten hat, die Gesetze, die er anwenden sollte, auszulegen, wird nur erklärlich, wenn man erwägt, daß es ein Verständnis des Gesetzes stets gegeben hat und daß das Gesetz zu verstehen niemals dem Richter verboten gewesen ist.

[1]) Anders aber, wenn durch positive Vorschrift die Auslegung dem Richter verboten oder beschränkt ist.

[2]) Logische Auslegung S. 1.

[3]) Hermeneutik S. 4.

III. Mit der Nichtbeachtung dieses Unterschiedes hängt es auch zusammen, wenn häufig behauptet worden ist, es bedürften nur dunkle Gesetze der Auslegung. Da man nämlich die klaren Gesetze ohne weiteres *verstehen* kann, so meint man, daß bei klaren Gesetzen auch keine Auslegung Platz habe, eine solche sich vielmehr nur bei dunklen Gesetzen finde. So führt **Brinz**[1] aus: „Wo keine Zweideutigkeit der Sprache vorliegt, kann der Sinn noch unverstanden oder er kann ein verkehrter sein; allein letzterenfalls handelt es sich nicht mehr um Auslegung, sondern um Korrektur des Gesetzes; ersterenfalls sprechen wir zwar immer noch von Auslegung; allein es ist das eine Auslegung, welche nur durch Dunkelheit in uns veranlaßt, nicht objektiv im Gesetz selbst begründet und so denn auch nicht für alle gleich notwendig ist". Aber wenn es auch ohne weiteres zugegeben werden kann, daß die Aufgabe der Auslegung desto bedeutender ist, je weniger offenbar der Inhalt des Rechts ist,[2] so darf doch Dunkelheit der Gesetze nicht zur notwendigen Voraussetzung der Auslegung gemacht werden. Denn nicht nur hat die Auslegung auch bei nicht dunklen Gesetzen offensichtlich *die* Aufgabe, den *vollen* Inhalt, der doch ohne weiteres kaum jemals klar sein kann, zu enthüllen und zu entwickeln,[3] sondern auch die anscheinend eindeutigen und klaren Gesetze gewinnen bei genauerer Betrachtung und Beleuchtung oft einen andern als den zuerst angenommenen und, wie man meinte, unbezweifelbaren Sinn. Und selbst wenn durch die Auslegung dieser zuerst angenommene Sinn bestätigt wird, so hat er eben jetzt eine noch sichere Stütze, als uns das unmittelbare Verständnis zuerst gewährte. Mit Recht erklären daher die Römer in l. 11 § 1 D. de inspic. ventr. 25,4: Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negli-

[1]) Pand. I, S. 117.
[2]) Vgl. Windscheid S. 81. Savigny S. 318 f.
[3]) Vgl. Savigny S. 319.

genda interpretatio eius. Auch die Mehrzahl der Schriftsteller vertritt jetzt diese Notwendigkeit der Auslegung nicht dunkler Gesetze.[1]

IV. Wenn auch das Verständnis des Gesetzes genügt, um uns eine Vorstellung von der Bedeutung seiner Worte zu gewähren, so wird es doch niemals ausreichen, um dem Gesetz dem Leben gegenüber die volle Wirksamkeit zu verschaffen. Für jedes Gesetz werden die Thatbestände des Lebens den Richter oder wer sonst mit dem Gesetz zu thun hat, nötigen, sich darüber klar zu werden, welche Bedeutung dieses Wort gerade an dieser Stelle hat, ob dieser oder jener Gegenstand von dem im Gesetz gebrauchten Ausdruck mitumfaßt werden solle oder nicht. Da kann denn der Ausleger mit größerer oder geringerer Freiheit dem Gesetz gegenüber verfahren. Er kann den unmittelbaren Wortsinn, die Bedeutung, die der einzelne Ausdruck als Bezeichnung eines Gegenstandes und der einzelne Satz als Darstellung eines Gedankens nach dem Sprachgebrauch hat, streng festhalten und damit das Wort zur einzigen Grundlage seiner Interpretation machen, oder er kann darüber hinausgehend in freier Weise den in dem Gesetz niedergelegten Willen und damit auch das, was „in den Worten des Gesetzes nicht ausgedrückt ist, was wir aber doch mit Bestimmtheit dem Gesetz angehörig erkennen“[2] sich zu eigen machen. So lange einerseits das Recht noch der ängstlich gehütete Hort einer langsamen und schweren Entwicklung ist, so lange man seine Vorschriften mehr als Bollwerk gegen Willkür und Unsicherheit denn als gerechteste Regelung der Lebensverhältnisse betrachtet, so lange es andrerseits dem, der mit dem Recht umzugehen hat, an der Fähigkeit fehlt den Willen des Gesetzes frei zu erfassen, sei es, weil er zu vorsichtig ist, um den festen Boden des Gesetzeswortes zu verlassen,

[1]) Savigny, S. 319. Lang S. 75. Krug S. 27, S. 75. Regelsberger S. 141.

[2]) Dernburg S. 76.

sei es, weil es ihm an der umfassenden Kenntnis fehlt oder an der geistigen Freiheit, sie zu benutzen, so lange wird man sich an die erste Art der Auslegung halten und im Worte alles Heil suchen. Dies war daher auch die Methode des älteren römischen Rechts.[1] Das spätere römische Recht dagegen löste sich von dieser Fessel und gab der Auslegung die Freiheit, durch die sie allein, wie den wahren Sinn des Gesetzes, so auch die wahre Gerechtigkeit in der Durchführung seiner Vorschriften gewährt. Nach ihm gilt der Satz, den Celsus in der l. 17 D. de leg. 1,3 ausspricht und der auch heute unser Rechtsleben beherrscht: Scire leges non hoc est, verba earum tenere sed vim ac potestatem.

V. Die positiven Bestimmungen, die den Richter zwingen sollten, sich mit dem unmittelbaren Verständnis des Gesetzes zu begnügen, und wenn es nicht unmittelbar verständlich war, von eigner Auslegung doch Abstand zu nehmen, entsprangen aus der Furcht, die man davor hegte, dem Richter jene Freiheit der Auslegung zu überlassen.[2] So bestimmt Justinian in der l. 12 § 3 C. de leg. 1,14: „Si in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet“ und ähnlich in l. 2 § 21 C. de vet. iur. enucl. 1,17. Allerdings wurde diesen Vorschriften mit Recht schon für das gemeine Recht jede Geltung abgesprochen. Savigny[3] erachtete sie schon auch aus inneren Gründen für aufgehoben, nämlich erstens wegen ihres Zusammenhanges mit dem unstreitig nicht mehr in Geltung befindlichen Verbot, juristische Bücher zu schreiben, und zweitens, weil eine derartige Vorschrift in einem neueren Staate undurchführbar sei. Savigny hielt aber überdies ebenso wie Windscheid[4] eine derogatorische Gewohnheit für unzweifelhaft.

---

[1]) Vgl. Dernburg S. 75, Jhering 3 A. Bd. 2 S. 441 ff.
[2]) Gierke, Privatrecht S. 139, Regelsberger, S. 141 A. 3.
[3]) System Bd. I S. 314 f.
[4]) Windscheid 7. A. Bd. I S. 61.

Das preußische allgemeine Landrecht[1] verordnete ursprünglich, der Richter solle jeden Zweifel über die Auslegung der Gesetzeskommission anzeigen und dann deren Entscheidung befolgen. Ebenso beschränkte das Josephinische Gesetzbuch I § 24 die richterliche Auslegung, die es nur als Buchstabenauslegung gestatten wollte, und in Frankreich befahl ein Gesetz von 1790, daß der Richter sich, falls Auslegung notwendig werden würde, an die gesetzgebende Versammlung wenden solle.[2] Doch eine derartige Bindung der richterlichen Freiheit ließ sich in der Wirklichkeit nicht lange durchführen. „Die Natur der Dinge kann auch ein Gesetzgeber nicht brechen".[3] Im Anhang § 2 zum allgemeinen LR. (1798) wurde die ursprüngliche Bestimmung aufgehoben und die Auslegung frei gegeben. Der code civil bedrohte mit der Strafe der Justizverweigerung jeden Richter, der sich unter dem Vorwande der Dunkelheit der Gesetze der Entscheidung eines ihm vorliegenden Falles weigern würde. Das östreichische bürgerliche Gesetzbuch (§§ 6—8) und das sächsische bürgerliche Gesetzbuch (§§ 22 ff.) gestatteten die Auslegung und trafen Bestimmungen darüber, in welcher Weise im einzelnen Fall die Auslegung vorgenommen werden solle.

Das BGB. trifft über das Recht zur Auslegung keine Bestimmung. Aber es gilt auch unter seiner Herrschaft, was Savigny von der Auslegung bemerkt:[4] „Sie ist bei jedem Gesetz, wenn es in das Leben eingreifen soll, notwendig und in dieser allgemeinen Notwendigkeit liegt zugleich ihre Rechtfertigung."

VI. Bevor die Auslegung beginnt, muß der Rechtssatz, welcher ausgelegt werden soll, gegeben sein und sein Wortlaut nötigenfalls durch Kritik festgestellt werden. Die Auslegung soll also niemals selbst neues Recht schaffen, sondern nur

[1]) ALR. Einleitung §§ 47. 48.
[2]) Nach Unger, östr. Privatr. 4. A. I S. 95.
[3]) Regelsberger. S. 141. A. 3.
[4]) Bd. I, S. 207.

ermitteln, was sich in den gegebenen Rechtssätzen an Rechtsinhalt vorfindet. Da also die Auslegung nur etwas Gegebenes aber bisher verborgenes ans Licht ziehen soll, so ist ihr Resultat einer Entdeckung vergleichbar. Wie z. B. mittels schärferer Werkzeuge und genauerer Erforschung des Himmels immer neue Sterne entdeckt worden, so werden auch mit dem Entstehen immer neuer Thatbestände im Leben und genauerer Durchforschung des Gesetzes immer neue Auslegungsresultate zu Tage gefördert.

Diese Resultate aber haben keine andere Stütze als die Gründe, auf welchen sie sich aufbauen. Sie stehen also nur fest, wenn diese sie wirklich zu stützen vermögen, und sie stehen nur fest *für den*, dem die angeführten Gründe einleuchtend scheinen. Jedermann ist berechtigt und der Richter ist, ehe er sie anwendet, verpflichtet, die Auslegung eines andern nachzuprüfen. Eine Auslegung hat also streng genommen nicht mehr objektive Sicherheit, als der Überzeugungskraft ihrer Gründe inne wohnt. Aber wie wir häufig im Leben etwas, was ein anderer glaubt, auch glauben, nicht allein wegen der Gründe des andern, sondern auch deshalb, *weil* jener glaubt, indem also die Thatsache, daß ein anderer glaubt, *mit zum Grunde unserer Überzeugung* wird, so gewinnen in der Praxis naturgemäß die von anderen, vor allem von anerkannten Autoritäten, festgestellten Auslegungsresultate an sich Bedeutung. Das zeigt sich besonders bei der Benutzung der Entscheidungen des Reichsgerichts in der Praxis.

Durch die nur relative Bedeutung der gefundenen Auslegungsresultate wird die Erscheinung, daß sich die Ergebnisse der Auslegung eines und desselben Gesetzes im Laufe der Zeit verändern, eine Erscheinung, die, wie wir oben sahen, darin ihren Grund hat, daß die Auslegung in der Notwendigkeit der praktischen Anwendung beruht, formell ermöglicht. Ein späteres Zeitalter gewinnt eben eine andere Überzeugung als das frühere.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß man das Wesen der Auslegung verkannt hat, wenn man manchmal die Auslegung als eine Art Gesetzgebung hingestellt hat. Es ist dies in verschiedener Weise geschehen. Puchta[1] läßt die Wissenschaft als eine Rechtsquelle gelten. „Ein solcher Rechtssatz beruht auf inneren Gründen, auf der Autorität, die ihm seine wissenschaftliche Wahrheit giebt." Allerdings sollen die so gefundenen Rechtssätze keine absolute Geltung besitzen, sondern es soll nur eine Vermutung der Wahrheit für sie streiten. Aber diese Art der Produktion eines Rechtssatzes durch die Thätigkeit der Wissenschaft ist eben eine ganz andere, als sie sich bei der Gesetzgebung oder bei Entstehung eines Gewohnheitsrechtes vollzieht oder vielmehr jene ist gar keine Produktion. Vielmehr wird von Puchta, wie Hölder[2] mit Recht ausführt, die Enthüllung von etwas Verborgenem, deshalb, weil vorher das Enthüllte nicht ohne weiteres sichtbar war, der Produktion gleichgestellt. Auch Thöl[3] behauptet, daß durch die Wissenschaft als solche Recht erzeugt werde und zwar vermittels der Auslegung. Aber er übersieht hierbei, daß die durch die Wissenschaft gefundenen Resultate der Auslegung keine unbedingte Autorität besitzen, sondern von jedem, der sich ihrer bedienen will, frei nachgeprüft werden können.[4]

§ 6. Das Wesen der Analogie.

Die Rechtsnormen, die durch Gesetz und Gewohnheitsrecht uns dargeboten werden, können nicht alle im Leben entstehenden, rechtlicher Beurteilung überhaupt unterliegenden, Verhältnisse unmittelbar regeln. Das ist schon deshalb zweifellos, weil neue und eigenartige Verhältnisse stets

[1]) Pandekten. 7. A. besorgt v. Rudorff, S. 27 ff.
[2]) Pand. S. 51.
[3]) Einleitung §§ 55 ff.
[4]) Vgl. Hölder, a. a. O.

früher im Leben entstehen, als sie durch eine Rechtsnorm geregelt sind. Keinem Gesetzgeber wird es einfallen, Rechtsinstitute zu schaffen, denen zwar bisher noch keine Erscheinungen des Lebens entsprechen, welche aber vielleicht in Zukunft einmal notwendig werden könnten. Aber auch von derartigen Neubildungen des Lebens abgesehen, werden auch innerhalb des Rahmens, den ein im Gesetzbuch geregeltes Institut darbietet, häufig genug die Besonderheiten des konkreten Falles auch eine besondere rechtliche Beurteilung erfordern, für welche das Gesetzbuch keine direkte Handhabe gewährt. Eine derartige Unvollständigkeit des Gesetzes läßt sich nicht vermeiden. Weder ist es möglich, jeden Satz, ja jedes Wort so präzise, so einleuchtend zu fassen, daß sie auf den ersten Blick einen deutlichen und unbezweifelbaren Sinn dem Betrachter enthüllen, oder aber jeden Satz wiederum durch eine Fülle von erläuternden Sätzen zu kommentieren, noch ist es möglich, für jeden neuen Thatbestand oder für jede kleinste Nüanzierung eines bekannten Thatbestandes ein juristisches Kleid im Gesetzbuch vorrätig zu halten. „Der Wagen der Rechtspflege würde in der Fülle der Vorschriften stecken bleiben." (Regelsberger.)

Trotz dieses unzweifelhaft vorhandenen Mangels unmittelbar passender gesetzlicher Bestimmungen für zahlreiche Fälle des praktischen Lebens, steht es dennoch fest, daß der Richter einen jeden ihm vorgelegten Fall vom rechtlichen Standpunkt aus einer Beurteilung unterziehen muß. Dies steht fest, ob es gleich bei uns nicht, wie im code civil (Art. 4) ausdrücklich bestimmt ist, und wird nie bezweifelt. Man kann getrost behaupten, daß diese Pflicht im Wesen des richterlichen Amtes begründet liege.[1] Was sollte auch mit derartigen unentscheidbaren Rechtshändeln geschehen! Sollten sie sich bis ins Unendliche fortsetzen oder sollte die Macht sie entscheiden anstatt eines Rechtsspruchs? Kurz der Richter muß für jede Rechtsstreitigkeit „Recht" bereit haben.

[1]) Vgl. Savigny, System I S. 208.

Aus dieser Thatsache verbunden mit der Thatsache der Unvollständigkeit der Gesetze in dem oben ausgeführten Sinne folgt, daß die bloße Kenntnis des unmittelbar sich ergebenden Inhaltes der Vorschriften des positiven Rechts für den Richter nicht in allen Fällen eine genügende Handhabe zur Entscheidung eines ihm vorliegenden Falles bietet. Wie soll sich nun der Richter in einem solchen Falle helfen? Er hat zwei Möglichkeiten, um sich aus diesem Dilemma zu befreien, ein mehr subjektives Hülfsmittel und ein mehr objektives. Er kann die Entscheidung aus sich selbst nehmen, sein bestes Ermessen eintreten lassen, oder er kann den ihm gegebenen Gesetzesstoff benutzen, um auf seiner Grundlage eine Entscheidung aufzubauen. Er kann nämlich die Gedanken, die sich im Gesetz direkt ausgedrückt finden, mit logischen Hülfsmitteln verallgemeinern und so das Gesetz derartig erweitern, daß es ihm zuletzt dennoch ein passendes Gewand für die konkrete Lebenserscheinung darbietet. Die früher[1] herrschende Ansicht schrieb ihm vor, in diesem Fall seine Entscheidungsnorm aus dem Naturrechte zu entnehmen, einem durch aprioristische Konstruktion gefundenen Normalrechte, das zum mindesten neben jeder positiven Rechtsordnung stehend gedacht wurde. Die Entscheidungsnormen aber, die man angeblich aus dem Naturrecht entnahm, entnahm man in Wirklichkeit aus sich selbst.[2] Denn man fand in dem Naturrecht natürlich immer das, was man im vorliegenden Fall für angemessen erachtete d. h. der Richter entschied den Fall nach seiner subjektiven Meinung. Dieser Weg ist ihm heute verschlossen. Er muß sich an das positive Recht halten, aus ihm eine Entscheidungsnorm ableiten.

Diese Ableitung geschieht insofern *aus dem* Gesetz, als sie die Gedanken benutzt, die in dem Gesetze niedergelegt sind, jedoch diese Gedanken über den ihnen im Gesetz

---

[1]) Vgl. Savigny S. 290.

[2]) Vgl. Windscheid, Pand. 7. A. I S. 58. 8. A. I S. 90 f.

gewährten praktischen Spielraum erweitert. Schon die eigentliche Auslegung benutzt die im Gesetz niedergelegten Gedanken, um aus ihnen Rechtssätze abzuleiten, indem sie nämlich die Konsequenzen darlegt, die sich mittels logischer Folgerung aus diesem Gedanken ergeben. Aber diese Konsequenzen sind keineswegs dem ursprünglichen Gesetz gegenüber etwas Neues. Vielmehr sind sie schon unmittelbar in ihm enthalten, wenn auch nicht unmittelbar ausgesprochen. Durch die Ableitung der Folgesätze wird der im Gesetz ausgesprochene Gedanke nur näher bestimmt.[1] Die Folgesätze ergeben sich daher auch aus ihm mit der Notwendigkeit, mit welcher eine logische Folgerung aus ihrem Grunde folgt. Wir können gar nicht anders, wir müssen diese Folgerungen vermöge unserer Denkgesetze ziehen. Die analogische Folgerung dagegen ist jedenfalls keine logische Folgerung, bewirkt rein aus logischer Notwendigkeit, sondern eine logische Ableitung, hervorgerufen, wenn man so sagen darf, von praktischer Notwendigkeit, von dem Mangel einer Bestimmung, von Zweckmäßigkeit, Nützlichkeit. Brinz[2] bemerkt: „Im Gegensatze zur logischen Folgerung aber ist die analogische überall keine logische Notwendigkeit, sondern wo sie geboten ist, Forderung der Gerechtigkeit."

Die Analogie benutzt daher die Rechtssätze in einer anderen Art. Sie betrachtet die Rechtssätze nicht als Grundsätze, welche eine Anzahl Folgerungen einschließen, also als entwickelte, komplizierte Gedanken, die sich wieder in andere Gedanken zerlegen lassen. Vielmehr nimmt die Analogie umgekehrt an, daß die Rechtssätze, so wie sie ausgesprochen sind, auf einer niederen Stufe ihrer Entwicklung stehen geblieben sind, sie will sie deshalb einer höheren Stufe zuführen.

Wenn wir uns vergegenwärtigen, wie das Recht in einer ununterbrochenen Entwicklung und Fortbildung begriffen ist, so zeigt sich schon, daß der Thätigkeit der Analogie ganz im

---

[1]) Krug, Grundsätze, S. 29.

[2]) Pandekten I, S. 129.

allgemeinen etwas Berechtigtes zu Grunde liegt, und aus einer Betrachtung ihres Wesens ergiebt sich, daß ihr Verfahren das zweckentsprechendste und geeignetste ist und auch in künstlicher Weise der natürlichen Entwicklung des Rechts genau entspricht.

Die Bestimmungen, die das Gesetz enthält, sind von den Erscheinungen des Lebens abstrahiert. Die Regel und die Ordnung, die sich in den Lebensverhältnissen findet, wird in den Gesetzesworten als Rechtsregel veräußerlicht, um als Norm für die künftig wieder entstehenden gleichartigen Lebensverhältnisse zu dienen. Indem nun aber diese Norm von denjenigen Lebensverhältnissen abstrahiert ist, an welche man gerade dachte, haftet ihr ein großer Teil all der Besonderheiten und speziellen Eigenschaften an, die diesen Lebensverhältnissen zu eigen waren, und sie erscheint als die spezielle, ausführliche, im einzelnen genau passende Norm. Aber neben diesen speziellen Elementen, die sie enthält, begreift sie auch eine Anzahl genereller Elemente, welche zwar bei ihrer Abfassung unbeachtet oder jedenfalls als solche unbeachtet geblieben sind, dennoch aber mitenthalten und sanktioniert sind. Diese generellen Elemente aber sind durch die Verbindung mit den speziellen Elementen zu einer beschränkteren Anwendung gelangt, als ihnen ihrer eigentlichen Natur nach gebührt. Wir geben ihnen daher nur das, was ihrer Natur entspricht, wenn wir sie im Wege der Analogie zu allgemeinerer Wirksamkeit bringen.

Wir steigen damit vom Speziellen zum Generellen, vom Besonderen zum Allgemeinen auf und gehen damit eben den Gang, welcher die natürliche Rechtsentwickelung ebenfalls zurücklegt. „Es ist der vorherrschende Charakter dieser Entwicklung, wie aller menschlichen Wissenschaft, daß sie vom Speziellen zum Allgemeinen, vom Konkreten zum Abstrakten fortschreitet, — daß wir die Dinge selbst eher kennen lernen als ihre Gründe." (Krug, Grundsätze S. 235.) Diese Entwicklung des Rechts, sowohl die natürliche wie die künstliche durch Analogie ist jedoch in Wirklichkeit nicht,

wie es den äußeren Anschein hat, aus sich selbst hervorgegangen, sondern es liegt ihr eine Entwicklung der Lebensverhältnisse zu Grunde, und sie ist nur die Reflexwirkung dieser im Leben geschehenen Veränderungen. Indem die Lebensverhältnisse sich vermehren und sich komplizieren, zwingen sie das Recht, seinen Vorschriften eine Gestalt zu geben, die diesen Veränderungen gerecht wird.

Deshalb nun, weil wir in der Lage sind, sowohl diese vermehrten und veränderten Lebensverhältnisse, schon vordem der Gesetzgeber eingreifen will oder kann, zu kennen wie auch die vom Gesetzgeber im Gesetz niedergelegten generellen Elemente als solche zu erkennen, verbinden wir diese beiden mittels der Analogie und bilden die neuen und allgemeinen Normen, die auch die veränderten Lebensverhältnisse regeln.

Von dem positiven Recht also, sei es einem einzelnen Rechtssatz oder einer Mehrheit von solchen, geht die Analogie aus, und sie geht ferner aus von einem Verhältnis, welches das Leben darbietet. Dieses sind die beiden Endpunkte; auf dem Weg zwischen ihnen spielt das Verfahren der Analogie sich in jedem einzelnen Falle ab. Daraus ergiebt sich, daß zwei Möglichkeiten hinsichtlich der Analogie denkbar sind. Sie kann ihren Ausgangspunkt nehmen von dem praktischen Fall, oder sie kann vom Rechtssatz ausgehen. Welches ist nun der Ausgangspunkt der Analogie? Die Antwort ist eigentlich mit der Erkenntnis, daß wir es bei der Analogie mit einer logischen Thätigkeit zu thun haben, der Ableitung einer Entscheidungsnorm aus einer positiven Rechtsnorm mit Hülfe der Logik, von selbst gegeben. Denn diese Thätigkeit kann nur von der Rechtsnorm ausgehen. Da aus ihr etwas abgeleitet werden soll, so muß die Operation bei ihr beginnen. Demnach ist die Auffassung ungenau, als handle es sich bei der Analogie nur darum, von dem geregelten Thatbestand zu dem zu beurteilenden fortzuschreiten. Denn nicht von einem Thatbestand geht man aus, um zu einem andern That-

bestand zu gelangen, sondern von einer Rechtsnorm, um zu einer Entscheidungsnorm zu gelangen.[1] Auch für die Anwendbarkeit der Analogie in der Praxis ist die erwähnte Auffassung ungeeignet. Denn völlig gleich sind ja natürlich die beiden Thatbestände nicht. Wären sie gleich, so brauchten wir keine Analogie. Es muß also immer genügen, einzelne Momente herauszufinden, deren Vorhandensein eine Gleichheit der beiden Thatbestände im Sinne dieser Auffassung darthut. Damit steht aber der Richter auf einem schwankenden Boden. Es wird häufig nicht möglich sein, strikt darzuthun, daß der eine Thatbestand dem andern von ihm verschiedenen derart gleich ist, daß alle Voraussetzungen für die Anwendung des für den letzteren bestimmten Rechtsatzes gegeben sind.

Auf welchem Wege gelangt man nun aber von dem Rechtsatz, der den zu entscheidenden Fall nicht unmittelbar mitumfaßt, zu diesem Fall? Man gelangt dahin mit Hülfe der Logik. Man sucht das Prinzip der Rechtsnorm und entnimmt diesem Prinzip eine neue Rechtsnorm, die den zu entscheidenden Fall entscheidet. „Die Analogie ist Findung und Anwendung des Prinzips.“[2] Mit diesem Satz ist die Analogie inhaltlich vollkommen erläutert. Dieser Inhalt der analogischen Thätigkeit ist auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 24 S. 50 in Civilsachen) kurz und deutlich gekennzeichnet mit den Worten: „Es ist Sache der Jurisprudenz und vor allem Pflicht der die Jurisprudenz mit unmittelbar in die Lebensverhältnisse eingreifender Kraft bethätigenden Judikatur, die nicht in einer allgemeinen Norm konzentriert in dem Gesetz ausgesprochenen Grundprinzipien des Gesetzes zu Tage zu fördern und auf die im Leben hervortretenden, im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen, unter das betreffende Prinzip fallenden Fälle anzuwenden.“

---

[1]) Ebenso Burchardi, Rechtsfindung, S. 106.

[2]) Thöl, Einleitung, Seite 154.

Das Prinzip einer Rechtsnorm ist der Grund, auf dem sie sich aufbaut, der Gedanke, dessen sprachlicher Ausdruck der vorliegende Rechtssatz sein sollte. Beispielsweise ist das Prinzip bei dem Satze, daß der Autor die Sache des Mündels nicht kaufen dürfe (l. 34 § 7 D. de contrah. empt. 18, 1) der Schutz gegen Übervorteilung des Mündels durch seinen gesetzlichen Vertreter, deren Möglichkeit infolge der Stellung der beiden zu einander besonders nahe liegt. Aus dem gefundenen Prinzip wird dann wiederum eine neue Norm, die gesuchte Entscheidungsnorm, abgeleitet aus dem allgemeineren Satze der spezielle, der von jenem umfaßt wird. So aus dem oben gefundenen Prinzip die Ausdehnung des obigen Satzes auf Kuratoren und aus einem noch allgemeineren Prinzip die Ausdehnung desselben Satzes auf den negatiorum gestor. (l. 34 § 7 D. 18, 1.)

Aber nur soweit der Rechtsgrund mit Sicherheit als Ausfluß eines Prinzips erkannt wird, ist eine analogische Ausdehnung gestattet. Daraus ergiebt sich, daß es nicht genügt, daß ein Satz auf allgemeinere Gedanken zurückgeführt werden *kann*, ohne daß er wirklich als Rechtssatz aus diesem Gedanken geflossen ist, daß es vielmehr nötig ist, daß er auf diesen Gedanken zurückgeführt werden *muß*. Wir sollen einen allgemeineren *Rechtssatz* finden, nicht bloß einen allgemeineren Gedanken. Ein allgemeinerer Rechtssatz aber ist nicht vorhanden, wenn zu dem allgemeineren Gedanken irgend welche Momente hinzutraten, welche zur Sanktionierung der speziellen Norm führten. Denn in diesem Fall hat es seinen guten Grund, daß zum Rechtssatz nicht der allgemeine Gedanke geworden ist, sondern der spezielle. Es bedarf also stets sorgfältiger Prüfung, ob wirklich ein zur Analogie verwertbares Prinzip vorhanden ist.

§ 7. Rechtsgrund der Analogie.

I. Die Analagie geht zwar auf das positive Recht zurück, aber sie entnimmt demselben Normen, die in seinem

Wortlaut unmittelbar nicht enthalten waren. Was berechtigt sie hierzu?

Schwerlich wird es genügen, als Antwort darauf hinzuweisen, daß ein Thatbestand vorliege, dem es an einer Norm ermangele. Eine Norm müsse gefunden werden, da sei die Analogie noch der relativ beste Weg. Dies würde noch nicht die Berechtigung der Analogie darthun, sondern nur die Notwendigkeit irgend einer Ergänzung des positiven Rechts. Ebensowenig genügt es zu behaupten, daß es eine tief in unserer sittlichen Anschauung wurzelnde Forderung ist, daß gleiche Thatbestände nach derselben rechtlichen Norm beurteilt werden.[1] Denn das ist eine Behauptung und kein Beweis. Denn die Thatbestände sind ja eben *nicht* gleich, sonst fielen sie ja auch ohne Analogie unter dieselbe Norm, sondern nur gleichartig (Wach) d. h. nur in einzelnen Beziehungen gleich. Brinz[2] sieht die Notwendigkeit der Analogie als eine Forderung der Gerechtigkeit[3] an, die aus einer gewissen Schwäche der Gesetzgebung resultiert. „Kann der Gesetzgeber nicht alles voraussehen oder wissen, worauf er voraussehend oder wissend die gegenwärtige Norm erstreckt haben würde, so muß es andrerseits auch genügen, daß er ausdrücke und zusammenfasse, was nach dem gegenwärtigen Gesichtspunkt und Standpunkt zusammengefaßt werden kann; man darf es denjenigen, die der vom Gesetzgeber nicht gekannte, nicht vorausgesehene Fall trifft, nicht entgelten lassen, daß sie desselben Auge nicht erreicht hat". Hier ist angenommen, daß der Keim des Analogieresultates im Gesetzgeber und seiner Schwäche ruhe (während er in Wirklichkeit im Wesen des Gesetzes seinen Ursprung hat), und es ist doch nicht bewiesen, daß der Gesetzgeber gerade zu diesem Resultat gekommen wäre, zu dem wir mittels der Analogie kommen.

[1]) Regelsberger, S. 156, ähnlich Wach, Handbuch S. 273.

[2]) Pand. I. S. 127.

[3]) Auch Adickes S. 68 sieht den wahren Grund der Analogie in der das ganze Gebiet der Rechtspflege beherrschenden Gerechtigkeit.

Will man die Berechtigung der Analogie erweisen, so muß man sie aus dem Wesen der Analogie selbst darthun. Nun liegt das Besondere der Analogie darin, daß der Rahmen des positiven Rechts mit Hülfe logischer Operation, durch Verwertung der aus dem Gesetz erschlossenen Prinzipien, erweitert wird. Dürfen wir aber mit dem positiven Recht derartig verfahren, an Rechtssätzen, die zur Regelung der Lebensverhältnisse bestimmt sind, logische Operationen vornehmen? Falls das bewiesen ist, ist auch die Berechtigung der Analogie bewiesen.

Savigny[1] giebt der Analogie folgende Grundlage: „Jede Anwendung der Analogie beruht auf der vorausgesetzten inneren Konsequenz des Rechts: nur ist diese nicht immer eine bloß logische Konsequenz, wie das reine Verhältnis zwischen Grund und Folge, sondern zugleich eine organische." Ähnlich meint Dernburg[2] „daß das Recht ein System ist, welches die Fähigkeit hat, sich aus sich selbst heraus zu vervollständigen." Dieses Moment (das systematische, organische oder wie man es sonst nennen will) ist in der That im Recht vorhanden. Denn die Rechtssätze stehen nicht da, wie zahllose einzelne Säulen, jeder für sich, ohne Verbindung miteinander, sondern sie bilden alle mit einander ein großes Ganzes, gleichsam eine große Familie, in welcher jeder einzelne sich bewußt ist, außer seinem individuellen Leben noch ein Familienleben zu führen, in welchem er nur als Mitglied eines größeren, von einem gemeinsamen Bande umschlungenen Ganzen auftritt, und wie wir dies Ganze mit dem Namen Rechtsordnung bezeichnen, so sind wir auch überzeugt, daß in ihm eine innere Einheit lebt, eine Idee, von welcher jede Rechtsnorm nur eine einzelne Lebensäußerung ist. Dieses Moment verhilft uns zur Analogie. Es beweist, daß wir nicht nur konstruieren und spekulieren, wenn wir die Analogie anwenden, wie wir es ja zu unserm Vergnügen thun könnten,

[1]) System, S. 292.

[2]) Pand., S. 86.

sondern daß ihre Resultate wirklich etwas Lebendiges, Materielles sind. Man erkennt, daß die gegebenen Rechtssätze nicht erstarrt und tot, sondern entwicklungsfähig und entwicklungsbedürftig sind und daß wir daher im Recht sind, wenn wir sie ihrer naturgemäßen Entwicklung zuführen.[1] Damit wird aber dem toten Gebilde der Logik Leben eingehaucht. Es stellt sich heraus, daß die anscheinend durch die bloße Logik gefundenen Sätze in Wirklichkeit auf dem lebendigen Boden des positiven Rechts entstanden sind.

II. Für das BGB. sollte die Frage der Analogie zuerst durch eine positive Vorschrift erledigt werden. Der erste Entwurf enthielt als § 1 die Bestimmung: Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend. Die Kritik, die von verschiedenen Schriftstellern, vor allem von Hölder (Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 73 S. 8 ff) an diesem § geübt wurde, bezog sich nicht auf die Zulassung der Analogie überhaupt. Zwei Vorwürfe hat man und mit Recht dieser Vorschrift gemacht. Ein solcher Grundsatz ist überhaupt nicht geeignet, zum Gegenstand einer positiven Vorschrift gemacht zu werden. Er versteht sich auch ohne solche von selbst. Sodann wurde noch insbesondere die Fassung, die der § 1 des E. I diesem Inhalt gegeben hatte, angegriffen und als verkehrt erwiesen.[2] Das zweite hängt jedoch mit

[1]) Diese Eigenschaft des Rechts hat wohl Zitelmann im Auge, wenn er, Recht des BGB. S. 17, behauptet, ein Rechtssatz, welcher die Analogie gestattete, finde sich im positiven Recht nicht ausgesprochen, aber stillschweigend als vorhanden vorausgesetzt.

[2]) Hölder a. a. O., machte unter anderen folgende Ausstellungen. Der Ausdruck „das Gesetz" sei nicht richtig. Denn das Gesetz als Ganzes enthalte ja gerade die Vorschriften, die man mittels der Analogie aus ihm entnehmen wolle. Es handle sich also nur um alle einzelnen Satzungen. „Rechtsähnliche Verhältnisse" seien Verhältnisse, die Rechten ähnlich seien; der Ausdruck sei daher sprachwidrig zur Be-

dem ersten eng zusammen. Denn der Gedanke läßt sich eben nicht in einem kurzen Rechtsatz deutlich und zweifelsfrei fassen.

Dies sind auch allein die Gründe, weshalb die zweite Kommission den § 1 E. I gestrichen hat, wie die Kommissionsprotokolle Bd. I S. 2 ergeben. Man war also ebenfalls der Ansicht, daß ein solcher Rechtsatz auch unausgesprochen sich von selbst verstehe. Wenn nun auch diese Motivierung der Nichtaufnahme des § in das Gesetzbuch allein nicht die Berechtigung der Analogie für das BGB. begründen könnte, so zeigt sie doch jedenfalls, daß auch die Mitglieder der 2. Kommission der richtigen Ansicht waren, daß die Analogie auch ohne berechtigenden Rechtsatz sich von selbst verstehe.

Daß nach geltendem Reichsstrafrecht die Zulassung der Analogie im Strafrecht durch den § 2 StGB. betroffen wird, wird ziemlich allgemein anerkannt.[2] Der § besagt im Abs. 1: Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Es handelt sich um die Auslegung des Wortes „gesetzlich". Es soll dies aber heißen unmittelbar gesetzlich, also nicht erst durch Analogie aus dem Gesetz zu erschließen. Damit aber ist ein doppeltes Verbot der Analogie ausgesprochen.[4] Es darf weder ein verbrecherischer Thatbestand unter Anwendung der Analogie gebildet werden, noch darf eine Handlung auf Grund eines andern als des ihr ausdrücklich bestimmten Strafgesetzes gestraft werden. Daß, soweit dieses Verbot nicht eingreift, die Analogie auch im Strafrecht gestattet sei, ist nicht zu bezweifeln.[5]

---

zeichnung von Verhältnissen gebraucht, die anderen Verhältnissen in Ansehung ihrer rechtlichen Beurteilung ähnlich seien. Man hätte statt dessen nur „ähnliche Verhältnisse" oder besser „verwandte Verhältnisse" sagen sollen.

[3]) Binding, S. 218 ff., Liszt, S. 83, Merkel bei Holtzendorf, II S. 82.

[4]) Binding, S. 218.

[5]) Einzelne Fälle der Analogie zählt auf Binding S. 220 ff.

§ 8. Ist die Analogie extensive Interpretation?

I. Ob die Analogie noch zur Interpretation zu rechnen sei, ist bestritten. In der älteren Litteratur standen Thibaut,[1] welcher in ihr die „ausdehnende Interpretation sieht, welche wegen Gleichheit der Gründe geschieht" und Kierulff,[2] nach welchem die extensive Interpretation oder juristische Analogie nach der ratio iuris zwar hinausgeht „über den Wortinhalt des Gesetzes aber gemäß dem wahren Inhalt", auf dem Standpunkt, daß die Analogie nur als Auslegung anzusehen sei. Dagegen muß sich nach Hufeland[3] die ausdehnende Auslegung stets an den „möglichen Wortverstand der Worte des Gesetzes" halten. Die Analogie, welche ja hierüber hinausgeht, kann daher nicht „zur Auslegung oder zur reinen Entwicklung des Sinnes vorhandener Gesetze" zu rechnen sein.

Auch Savigny[4] sieht die Analogie an als eine Auslegungthätigkeit und zwar als diejenige Auslegungsthätigkeit, welche sich auf die Rechtsquellen als Ganzes bezieht und welche bestimmt ist, die Lücken der Gesetzgebung auszufüllen. Sie beruht darauf, daß wir in unserem positiven Recht eine „organisch bildende Kraft" annehmen und ist verschieden von der eigentlichen extensiven Auslegung, welche den unrichtig gewählten Ausdruck eines Gesetzes aus dessen wirklichem Gedanken berichtigen soll, während es bei der Analogie an dem wirklichen Gedanken irgend eines leitenden Gesetzes gänzlich fehlt.

In der späteren Zeit steht vor allem Wächter auf dem Standpunkt, daß Analogie von der Auslegung unterschieden werden müsse. Die Auslegung entwickle, was das Gesetz wollte und dachte. Die Analogie wolle gerade eine Entscheidung für Fragen und Fälle finden, an welche das Gesetz nicht dachte, welche vom positiven Recht ganz über-

[1]) Logische Auslegung S. 114—124.
[2]) I S. 26 ff.
[3]) Geist II, 62—67, 183 ff.
[4]) Savigny, System, I S. 290 ff.

gangen sind.[1] Ebensowenig will Burchardi[2] die Analogie zur eigentlichen Auslegung gerechnet wissen, und auf derselben Seite stehen Vangerow, Brinz, Dernburg, Regelsberger sowie Eisele.[3] Allerdings beruht diese Ansicht bei Brinz nicht in einer begrifflichen Scheidung zwischen ausdehnender Interpretation und Analogie, sondern in der Beschränkung des Auslegungsbegriffs überhaupt, nach welcher es eine extensive Auslegung gar nicht giebt. Dernburg erkennt den prinzipiellen Unterschied an mit der Begründung, daß die extensive Interpretation von der Unterstellung ausgehe, daß sie den Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus der Gesamthaltung des Gesetzes ergebe, verwirkliche, daß die Gesetzesanalogie dagegen nicht auf dem Willen des Gesetzes fuße. Nach Regelsberger sind Ausgangspunkt und Erfolg bezüglich beider verschieden. Extensive Interpretation schreitet nur über den Buchstaben, Analogie über den Willen des Gesetzgebers hinaus und letztere ist daher Anwendung, nicht Auslegung des Gesetzes. Eisele ferner unterscheidet ausdehnende Auslegung und Analogie nach dem Objekt — erstere bezieht sich auf Rechtsquellen, das analogische Verfahren auf Rechtssätze — nach dem Ziel und nach dem Resultat. Endlich will auch Reuterskiöld[4] die Auslegung streng von der Analogie, die er Rechtsergänzung nennt, geschieden wissen, „indem jene stets ein bestimmtes, ausreichendes Rechts- und Thatsachenmaterial zu bearbeiten hat, wogegen diese nur dann in Wirksamkeit treten kann, wenn das betreffende Material an sich unzulänglich sein würde."

Auf der anderen Seite läßt Krug[5] die analogische Ausdehnung der Gesetze als eine extensive Interpretation

[1]) Wächter, Württ. Privatr., S. 54.

[2]) Burchardi, Rechtsfindung, S. 61, 62, 96, 99—107.

[3]) Vangerow, Pandekten, S. 50 ff.; Brinz, Pand. S. 119 ff.; Dernburg, Pandekten, S. 85 ff.; Regelsberger, Pandekten, S. 159 f.; Eisele in Iherings Jahrb. 23 S. 123 f.

[4]) Rechtsauslegung S. 170.

[5]) Krug, Grundsätze, S. 28 ff., 96, 152 ff., 230 ff.

gelten. Durch die Erlaubnis des Gesetzes zur Analogie seien die Ergebnisse der Analogie mit zum Inhalt des Gesetzes gemacht und wären gleich denen der einfachen logischen Schlußfolgerung als eine lex implicita anzusehen. Auf demselben Standpunkt steht Thöl,[1] nach welchem die Analogie Findung und Anwendung des Prinzips ist, und zwar soll die Findung des Prinzips durch ausdehnende Auslegung geschehen. Auch Gierke[2] sieht in der Analogie eine Art der Auslegung. Sie ist zwar der Sache nach Rechtserzeugung, jedoch der rechtlichen Form nach Auslegung. Ebenso endlich Windscheid,[3] welcher bemerkt, auch bei der Analogie werde die äußere Erscheinung des Gesetzes durchbrochen, um seinen Kern zu enthüllen.

Zu den Schriftstellern, welche die Analogie nicht zur Auslegung rechnen, sind jedoch noch Merkel, Kohler und Binding zu zählen, die diese Frage in besonderer Weise beantworten und auf welche wir weiter unten noch zurückkommen werden. Merkel sieht die Analogie als die Ausfüllung von Lücken an, Kohler als eine Neubildung der Jurisprudenz auf Grund von aus dem Gesetz abstrahierten Rechtsprinzipien, Binding erklärt ihr Resultat für ungesetztes Recht.

Unter den Schriftstellern des BGB. setzt sich die Verschiedenheit der Ansichten fort. So wird von Cosack, von Crome ein Unterschied zwischen Auslegung und Analogie festgehalten, von Matthiaß und auch wohl von Hölder dagegen ein begrifflicher Unterschied geleugnet.[4]

II. Man muß aber bei diesem Streit zunächst wissen, worum man sich streitet. Dabei kann man die Bemerkung machen, daß es nicht sowohl die Gründe selbst sind, über welche man verschiedener Meinung ist. Denn die einen

[1]) Thöl, Einleitung, S. 154 f.

[2]) Deutsches Privatr., S. 141.

[3]) Windscheid, 7. A. S. 54. 8. A. S. 87.

[4]) Cosack, bürg. Recht S. 43; Crome, bürg. Recht S. 103; Matthiaß, bürg. Recht, S. 36; Hölder, Kommentar, S. 20 f.

wie die andern Schriftsteller geben erstens zu, daß das Verfahren bei der Analogie ein anderes ist, wie bei der übrigen Auslegung, indem ein vorhandener Rechtsatz erst verallgemeinert werden muß, um den gesuchten Rechtsatz zu finden, und daß die Resultate der Analogie weiter gehen als die anderer Auslegung, und sie geben andrerseits zu, daß die Analogie durch Verwertung positiver Rechtsätze zu ihren Ergebnissen gelange und daß die Analogie ebenso wie die Auslegung durch eine wissenschaftliche Behandlung des Gesetzes zu diesen Ergebnissen gelange. Wenn dennoch nach der Ansicht einiger Schriftsteller diese Thätigkeit noch als Auslegung anzusehen ist, nach der anderer dagegen nicht mehr, so muß dies darauf beruhen, daß man über die Bedeutung, das Gewicht, welches den verschiedenen Gründen für die Beantwortung der Frage zukommt, verschiedener Ansicht ist, indem z. B. der eine mehr Gewicht darauf legt, daß das analogisch gefundene Recht dem positiven Recht entstammt, der andere darauf, daß es aus dem positiven Recht analogisch gefunden ist.

Daraus wird es erklärlich, daß man die oben gestellte Frage teils bejahen, teils verneinen muß. Allerdings ist denen, welche die Analogie noch für eine Auslegung erklären, zuzugeben, daß das analogisch gefundene Recht aus dem positiven Recht fließt und ebenfalls durch Entwicklung und Ausbildung des positiven Rechts gefunden wird, daß man daher die Analogie eine Auslegung im weiteren Sinne nennen muß. Denn wenn man die Auslegung bestimmt als Herausstellung des Inhaltes des Gesetzes und als Inhalt des Gesetzes ganz wörtlich das ansieht, was das Gesetz enthält, sei es direkt, sei es indirekt, sei es ihm unmittelbar zu entnehmen, sei es mittelbar, so ist auch das Resultat der Analogie Inhalt des Gesetzes und die Analogie Auslegung.

Aber damit ist nicht gesagt, daß die Analogie von anderer Auslegung nicht unterschieden wäre. Vielmehr

finden sich so weitgehende Unterschiede, daß eine begriffliche Abgrenzung beider von einander geboten erscheint.

Wenn man allerdings eine begriffliche Unterscheidung zwischen Auslegung und Analogie darauf gegründet hat, daß die Auslegung den Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus der Gesamthaltung des Gesetzes ergebe, verwirkliche, die Analogie dagegen über den Willen des Gesetzgebers bezw. Gesetzes hinausführe,[1] so ist dieses Argument jedenfalls zurückzuweisen. Die Frage, ob die Analogie über das Gesetz hinausführt oder nicht, hängt eng zusammen mit der oben behandelten Frage, ob Wille des Gesetzgebers oder „Wille des Gesetzes" vom Interpreten zu erforschen seien.[2] Denn man wird das Resultat der Analogie schwerlich als vom Willen des Gesetzgebers umfaßt ansehen, weit eher wird man nachweisen können, daß es im Willen des Gesetzes in dem oben (§ 4) erläuterten Sinne enthalten sei. Daher denn auch die Vertreter der ersten Theorie geneigt sind, die Analogie als über das Gesetz hinausgehend anzusehen, die der letzteren als Aufdeckung seines mittelbaren Inhalts. Trotzdem bezeichnet z. B. Windscheid,[3] obwohl er als Vertreter der ersten Theorie dem Willen des Gesetzgebers maßgebenden Einfluß einräumt, auch die Analogie noch als eine Thätigkeit, welche dem „ausgedrückten Willen des Gesetzgebres gegenüber seinen eigentlichen" zur Geltung bringt.

---

[1]) Dernburg. S. 86; Regelsberger, S. 160. Diese Frage ist nicht identisch mit der, ob die Analogie als eine Art Gesetzgebung, als Rechtsschöpfung anzusehen sei, siehe Regelsberger, S. 160 und nächsten §.

[2]) Ähnliches bemerkt auch Wach, Handbuch I S. 273 f. Er geht sogar noch weiter. Aus der Thatsache, daß der Gesetzeswille nicht der thatsächliche Gedanke des Gesetzgebers ist, schließt er, daß die Analogie nicht rechtschaffende Thätigkeit, sondern Rechtserkenntnis sein müsse. Sobald man dies erkannt habe (?), sei die Frage, ob die Analogie „Auslegung des Gesetzes" genannt zu werden verdient, Ausfüllen einer Lücke desselben, Hervorziehen des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers hinter dem ausgesprochenen Gedankeninhalt, konkludent gesetztes d. h. ungeschriebenes und doch im Gesetz enthaltenes Recht" eine müssige.

[3]) Pand., 7. A. S. 54.

Das ist nun allerdings richtig, daß der Gesetzgeber, als er das Gesetz machte, an das analogisch gefundene Recht nicht gedacht hat. Denn so lange der Gesamtzusammenhang der Gesetzesworte noch eine derartige Deutung des Gesetzes ermöglicht, daß der von uns gewünschte Rechtsatz sich aus diesem Wortlaut ergiebt, so lange handelt es sich eben nicht um Analogie, sondern um extensive Interpretation. Nur so lange werden wir auch annehmen dürfen, daß der Gesetzgeber als Kenner der Sprache möglicherweise an den von uns gefundenen Inhalt des Rechtsatzes gedacht hat. Wer also nur den Inhalt des Gesetzes, welchen der Gesetzgeber sich vorgestellt hat, Gesetz werden läßt, der muß allerdings die Analogie als über das Gesetz selbst hinausführend ansehen. Aber so weit gehen ja, wie wir sahen, selbst die meisten Anhänger der subjektiven Auslegungstheorie nicht.

Vielmehr muß mit aller Bestimmtheit behauptet werden, daß die Analogie lediglich zur Aufdeckung „latenten" Inhalts des Gesetzes führt, daß sie daher niemals über das Gesetz hinausführt, sondern stets nur auf seiner Grundlage ihre Resultate aufbaut. Denn die Prinzipien, deren sie sich bedient, entnimmt sie dem Gesetz, und der Gedanke, mittels dessen sie die positiven Normen fortbildet, ist der Gedanke der Rechtsordnung. So entwickelt sie zwar das Unentwickelte, doch bleibt sie auch in ihrer weitesten Anwendung in dem Rahmen des positiven Rechts und führt über den Willen des Gesetzes nicht hinaus.

In der That fußt die Analogie auf dem Gesetz, ihre Resultate liegen nicht außerhalb des Gesetzes. Dennoch unterscheidet sie sich von eigentlicher Auslegung. Denn der Weg, auf welchem sie zu ihren Resultaten gelangt, ist ein anderer als bei der Auslegung, daher sind denn auch ihre Resultate selbst andere und weiter gehend als die der Auslegung. Die Auslegung nämlich geht unmittelbar vom Gesetz zum Auslegungsresultat. Ihr Ausgangspunkt und ihr Endpunkt fallen zusammen. Denn sie beginnt und sie hört auf mit dem Gesetz, der Gesamtheit der in verfassungs

mäßiger Form verkündeten Worte und Sätze, und ihre Resultate sind eben das Gesetz, nämlich der genau erforschte und durch Gründe bewiesene Sinn dieser Worte und Sätze. Mag sie noch so scharfsinnig sein, mögen die Gründe, auf die sie ihre Beweisführung aufbaut, noch so entfernt liegen, durch alles das schafft sie nicht mehr zu Tage als was im Gesetz in kurzen Worten unmittelbar ausgesprochen ist. Es muß also auch das Resultat der extensiven Interpretation stets als durch den Wortlaut des Gesetzes in dem Sinne, wie ihn der Gesamtzusammenhang seiner Bestimmungen ergiebt, gedeckt angesehen werden. [1]

Zwar kann der Gesetzgeber sich zu eng ausgedrückt haben, und wir erweitern im Geiste seinen Ausdruck. Aber dann thun wir dies nur, weil wir eben bei genauer Betrachtung sehen, daß dieser Ausdruck zu eng war, daß sprachlich nach dem Inhalt des Gesetzes ein weiterer Ausdruck am Platze gewesen wäre. Allerdings ist ferner eine Erweiterung des Gesetzes die Folge auch der extensiven Interpretation. Aber in Wirklichkeit ist diese Erweiterung nur scheinbar, in Wirklichkeit ist das Gesetz vorher so weit wie nachher und der Unterschied nur der, daß wir diesen größeren Umfang erkennbar gemacht und erkannt haben. Denn was wir die Extension nennen, ist nichts Anderes als eine Veränderung, die wir an einer Stelle zu unserer Bequemlichkeit vornehmen, eine Notiz, die wir uns machen, damit wir das nächste Mal gleich wissen, worum es sich handelt und nicht noch einmal die ganze Arbeit zu thun brauchen. Das Gesetz als Ganzes hat diese Extension nicht nötig. Aus ihm ergiebt sich sowieso, aus ihm haben wir sie ja geschöpft. Sie ist also schon vorhanden, auch wenn wir sie nicht an der betreffenden Stelle erkennbar machen, und war schon vorhanden, bevor wir sie erkennbar machten, und ist mithin nicht wirklich, sondern nur scheinbar von uns vorgenommen. Allerdings verwerten wir endlich auch bei

[1]) So auch Zitelmann, Bürgerl. Recht, S. 4.

der Auslegung des Gesetzes das aus dem Gesetz entnommene Prinzip und ziehen die Konsequenzen aus diesem Prinzip, die der Wortlaut nicht direkt auszusprechen *scheint*. Aber wir verwerten dabei immer nur ein Prinzip, das aus dem Gesetz entnommen, nicht aus dem Gesetz erschlossen ist. Mit andern Worten: das Prinzip muß in dem Gesetz selbst ausgesprochen und damit durch den Gesamtinhalt der Worte des Gesetzes unmittelbar gegeben sein.[1] Dabei ist es allerdings möglich, daß die Bedeutung der Worte, die ein solches Prinzip enthalten, selbst erst durch Auslegung nachgewiesen und erweitert werden muß, daß also erst das ausgelegte Gesetz das Vorhandensein eines derartigen Prinzips ergiebt.[2] Die Konsequenzen also, die sich aus einem solchen Prinzip ergeben, sind dann ebenfalls unmittelbar in dem Gesetz enthalten und durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt. Es ist in den kurzen Worten des Gesetzes alles das ausgedrückt, was wir durch Auslegung und Ableitung der Konsequenz aus dem Prinzip in ausgebreiteter Weise darstellen. Die logische Form, die wir bei der Ableitung dieser Konsequenz aus dem Prinzip verwerten, ist nicht wie bei der Analogie die Form der Induktion sondern nur die Form der Deduktion.[3]

Die Analogie dagegen, obwohl auch sie ihre Grundlage im positiven Recht hat, baut auf diesem Grund ein Gebäude, das nicht unmittelbar und ohne weiteres im Gesetz enthalten ist, daher auch nur mit besonderem Werkzeug aus ihm entnommen werden konnte. Dies Werkzeug ist die Logik in

---

[1]) Thöl, Einleitung S. 143: Durch diese Entwicklung ist der Rechtssatz nun ein Prinzip geworden.

[2]) Hierin liegt keineswegs ein *Widerspruch*. Finde ich also, nachdem ich durch ausdehnende Auslegung den wahren Sinn und damit den besseren Wortlaut, den der Gesetzgeber richtiger gebraucht hätte, festgestellt habe, in diesem Sinn und Wortlaut das gesuchte Prinzip vor, so handelt es sich nur um ausdehnende Auslegung, finde ich es nicht vor, so wird noch Analogie nötig.

[3]) Vgl. Sohm, Institutionen 6. A., S. 19.

der besonderen Form, in der sie uns die Erschließung des allgemeinen Gedankens aus dem speziellen, des nicht ausgesprochenen Prinzips aus der ausgesprochenen Folgerung gestattet „einem Dinge, welches, wie Brinz[1] bemerkt, zwar logische Operation, aber kein Schluß ist." Dieses auf induktivem Wege gewonnene Prinzip ist zwar aus dem Gesetz erschlossen, aber nicht in dem Gesetz ausgesprochen, auch dann nicht im Gesetz ausgesprochen, wenn wir durch ausdehnende Auslegung die Bedeutung der Worte des Gesetzes über ihre eigentliche Bedeutung hinaus erweitern. Die Konsequenzen, die wir dann aus diesem Prinzip ableiten, sind also auch nicht ohne weiteres im Gesetz enthalten, sondern sie sind mittelbar, auf dem Wege über das so erschlossene Prinzip, aus ihm entnommen.

Daß diese Methode eine Besonderheit der Analogie ist, kann jedenfalls keinem Zweifel unterliegen und die verschiedenen Erklärungen, die man für diese Methode gegeben hat, beweisen nur, daß sie einer besonderen Erklärung bedürftig und soweit nicht mit der übrigen Art und Weise der Auslegung identisch ist. Wenn z. B. diese Thätigkeit eine Hervorziehung des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers wäre, wie Windscheid behauptet, so wäre das ebenfalls eine Besonderheit gegenüber anderer Auslegung. Daß jedoch diese Auffassung nicht richtig ist, ergeben die obigen (§ 3) Ausführungen über den Willen des Gesetzgebers. Wenn Kohler[2] gerade entgegengesetzt in der analogischen Thätigkeit eine Prinzipienjurisprudenz sieht, d. h. die Bildung der Prinzipien noch als Interpretationsthätigkeit, aber die Weiterbildung des Rechts auf Grund dieser Prinzipien als Gegenstand freier juristischer Thätigkeit auffaßt, so beruht dies ebenfalls auf der Erkenntnis der Eigenart des analogischen Verfahrens. Dennoch geht dies insofern zu weit, als die Thätigkeit der Analogie nicht eine freie That der Wissenschaft ist, sondern sich in

[1]) Pand. I. S. 124.
[2]) a. a. O. S. 48 f.

steter Abhängigkeit und in stetem Zusammenhang mit dem Gesetz vollzieht. Wenn man demnach behaupten will, daß das Verfahren der Analogie noch eine Auslegungsthätigkeit sei, so wird man doch zugeben müssen, daß dies nicht ganz dieselbe Thätigkeit ist, wie wir sie bei anderer Auslegung vornehmen.

Durch die so bezeichnete Thätigkeit der Analogie wird nun im Gegensatz zur Auslegung eine Erweiterung des durch die Gesetzesworte gegebenen Rahmens wirklich bewirkt. Es werden vermittels der Analogie Verhältnisse durch das Gesetz normiert, die dem Wortlaute nach auch bei freiester Erfassung und weitester Ausdehnung ganz bestimmt nicht als durch das Gesetz geregelt anzusehen sind. Nach Anwendung der Analogie ist also das Gesetz nicht mehr das ursprüngliche Gesetz, sondern ein durch uns erweitertes und vervollständigtes Gesetz, während die Auslegung stets das Gesetz in seinem ursprünglichen Zustande beließ und nur seinen wirklichen Gehalt nachwies. Darum hat auch die Analogie nicht wie die Auslegung den Charakter einer Arbeit, die, einmal gethan, nicht von neuem zu geschehen braucht, sondern wir müßten eigentlich, ebenso wie wir uns das Gesetz selbst bei seiner jedesmaligen Anwendung vergegenwärtigen, bei jeder Anwendung des Analogieresultats das Verfahren der Analogie an unserm Geiste vorüberziehen lassen, um uns das analogisch gefundene Recht in seinem Zusammenhang mit dem Rechte überhaupt zu vergegenwärtigen. Daß wir dies trotzdem nicht jedesmal thun, ist schon deshalb um so wahrscheinlicher, weil wir auch selbst bei der ersten Herausstellung des Analogieresultates nicht den Weg logischer Ableitung zu wählen pflegen, sondern unter Weglassung der Prinzipbildung von dem im Gesetz geregelten Thatbestand zu dem uns vorliegenden Thatbestand hinüberspringen. Wenn wir uns bei diesem abgekürzten Verfahren auf unser Gefühl verlassen, anstatt streng folgerichtig vorzugehen, so werden die Resultate doch wohl kaum schlechter sein, weil die richtige Handhabung der Auslegung,

wie der Analogie mehr von Übung, Anlage, richtigem Gefühl abhängig ist, als vom Besitz der Regeln, nach welchen man verfahren muß, weil sie mehr eine Kunst als eine Wissenschaft ist (siehe oben S. 56). Dennoch bleibt dieses Verfahren ein abgekürztes Verfahren, dem gegenüber das Verfahren der logischen Ableitung als das eigentliche, wenn auch umständlichere angesehen werden muß. Auch ist jene Thätigkeit der logischen Ableitung, wenn wirklich vorgenommen, nicht nur nicht überflüssig, sondern nur nützlich und fördernd.[1]

Das wird man nun allerdings trotz der begriffsmäßigen Abgrenzung beider Thätigkeiten, um welche es sich hier nur handelt, nicht leugnen können, daß *in der Praxis* die Frage, ob Auslegung, ob Analogie vorliege, oft schwer zu entscheiden ist. *Windscheid's* Bemerkung hierüber ist gewiß richtig, wenn er ausführt,[2] daß die Unterscheidung der beiden Thätigkeiten, *so sehr sie begriffsmäßig feststeht*, im einzelnen Fall oft schwer ja unmöglich durchzuführen ist und so die eine Thätigkeit in die andere unmerkbar übergeht.

Die Folge dieses Unterschiedes zeigt sich dann in den Resultaten der Analogie. Denn diese gehen zunächst quantitativ weiter als die der Auslegung. Sie geben uns eine Entscheidung in vielen Fällen, in denen wir mit ausdehnender Auslegung nicht auskommen würden. So konnte z. B. die Frage,[3] ob wir es bei dem Vertragsschluß mittels Telephons mit einem Vertrag unter Anwesenden oder unter Abwesenden bezüglich der Annahme einer Offerte zu thun hätten, durch ausdehnende Auslegung des Art. 318 a. HGB. nicht, wohl aber durch Analogie entschieden werden. Daß die Analogieresultate quantitativ am weitesten gehen, wird natürlich auch von den Schriftstellern, welche die Analogie für Auslegung erklären, nicht bestritten. So führt *Matthiaß*

[1]) Siehe auch Kohler, a. a. O. S. 53, A. 135.
[2]) Windscheid-Kipp, S. 87.
[3]) Beispiel von Regelsberger, S. 160 A. 15.

aus,[1] daß die extensive Auslegung nur den nächstliegenden Inhalt des Rechtssatzes als einen umfassenderen erweise als der Wortsinn erkennen lasse, während die Analogie den Inhalt des Rechtssatzes oder der Rechtsordnung erschöpfe.

Aber auch die Qualität der gewonnenen Rechtssätze ist bei der Analogie eine andere als bei der Auslegung. Denn alles, was die Auslegung an Rechtssätzen zu Tage fördert, ist nur der ursprüngliche, uns freilich bisher verborgene, Inhalt des Gesetzes. Das Resultat der Analogie dagegen geht über den ursprünglichen Inhalt des Gesetzes hinaus. Der Inhalt, der dem Gesetz nunmehr zukommt, ist eben erst nach Anwendung der Analogie vorhanden. Dem erweiterten Umfang entspricht ein vermehrter Inhalt. Nicht nur daß dieser Inhalt bisher uns verborgen war, weil wir nicht imstande sind, die wahre Tragweite des Gesetzes ohne Auslegung zu überschauen, sondern er war objektiv verborgen, thatsächlich unsichtbar. Er konnte ohne Analogie gar nicht erkannt werden. Diesen durch Analogie gefundenen Inhalt könnte man als „künstlichen" Inhalt bezeichnen und ihn dem ursprünglichen Inhalt gegenüberstellen.

Dieser Inhalt des Gesetzes ist nun auch, wie wir schon sahen, ganz gewiß vom Gesetzgeber nicht vorgestellt, was ja bezüglich der Auslegungsresulte auch möglich aber nicht gewiß war. Wenigstens müßte man dem Gesetzgeber, wenn er diesen Inhalt erkannt hätte, den Vorwurf machen, daß er sich falsch ausgedrückt hätte, während er sich an einer Stelle, welche zum Gegenstande extensiver Interpretation gemacht wird, unter Umständen auch wohl treffender hätte ausdrücken können, aber nicht falsch ausgedrückt hat. Denn die Regeln, die das Gesetz giebt, sollten „drin stehen", nicht erst mit Hülfe der Analogie ihm entnommen werden können, wie alle künstlichen Erzeugnisse schlechter sind als die natürlichen. Daß aber eine Vorschrift des Gesetzes erst durch Auslegung richtig erkannt werden kann, liegt so

[1]) Bürgerliches Recht. S. 37.

sehr im Wesen des Gesetzes, daß es nicht eigentlich als ein Mangel des Gesetzes angesehen werden kann.

Wenn man sagt, dieser durch Analogie gefundene Rechtsinhalt diene dazu, Lücken des Gesetzes auszufüllen, so ist dies vom Standpunkt des Auslegenden gewiß richtig. Vom Standpunkt des Gesetzgebers allerdings, der eben nicht mehr Recht geschaffen hat und nicht mehr Recht schaffen wollte, als er uns übergeben hat, giebt es keine Lücken.[1] Das Recht abstrakt betrachtet, ohne Zusammenhang mit dem Leben, hat keine Lücken. Oder mit andern Worten: das, was wir „Lücke" nennen, ist nicht eine Eigenschaft des Gesetzes, sondern es beruht stets darauf, daß *uns* irgend etwas fehlt, daß wir mit dem gegebenen Rechtsstoff aus irgend einem Grunde nicht ausreichen. Doch ist dies wohl überhaupt das Wesen einer „Lücke". Eine solche kann nur insofern als eine Eigenschaft des Gegenstandes bezeichnet werden, an dem sie sich befindet, als *wir uns* gegenüber dem jetzigen Zustand einen Zustand *vorstellen*, in welchem sie nicht vorhanden ist. Diese Vorstellung einer Lücke im Gesetz haben wir dadurch, daß wir das Gesetz den Thatbeständen des Lebens gegenüberhalten. Denn mit ihnen in Zusammenhang gebracht, fehlt es nicht selten an einer Norm. Dadurch, daß das Gesetz mit der Pretention auftritt, eine erschöpfende Regelung der Lebensverhältnisse darzustellen, entstehen die Lücken.

Da es sonach nur durch unsere Vorstellung bewirkt wird, daß wir an dem Gesetz Lücken wahrnehmen, so können wir auch verschieden weit gehen in der Konstatierung von Lücken. Wir können nur dann Lücken annehmen, wenn wir ohne eine Erweiterung des Gesetzes überhaupt nicht die Anwendung einer gegebenen Rechtsnorm auf ein Lebensverhältnis bewirken können, wir können aber auch schon dann eine Lücke annehmen, wenn wir eine Erweiterung des Gesetzes für konsequent, für logisch notwendig, für gerecht,

[1]) So Brinz, Pand. I. S. 129.

ja nur für zweckmäßig erachten.[1] Diese engere oder weitere Auffassung der Lücken wirkt natürlich unmittelbar auf ihr Gegenstück, auf das, wodurch sie ausgefüllt werden, auf das Analogieresultat. Man kann danach jede Analogie als das Ausfallen einer Lücke auffassen, wenn man die Lücke dementsprechend bestimmt. Doch ist einer derartigen Auffassung nicht beizustimmen. Denn das Prinzip der Analogie ist ein anderes als das, Ausfüllung einer Lücke zu sein. Es kann danach Analogien geben, ohne daß eine Lücke vorliegt. Andererseits giebt es auch Lücken, denen keine Analogie einer gegebenen Vorschrift entspricht.

Insoweit übrigens eine Lücke durch Analogie gebessert wird, wird man nur in dem Sinne von Ausfüllen einer Lücke sprechen können, indem wir von einer Ausdehnung durch extensive Interpretation sprechen. Denn da das durch Analogie gefundene Recht ebenfalls Inhalt des positiven Rechts ist, so zeigt sich eben, daß diese Lücke im positiven Recht nur scheinbar d. h. ebenso lange vorhanden ist, als man nicht zur Analogie greift.[2]

Diesen Inhalt des Rechts, der in dem Anologieresultat zu Tage tritt, dessen Eigenart auch wir betont haben, hat Binding als ungesetztes Recht bezeichnet. Es hängt dies mit der besonderen Auffassung, die Binding von der Natur des objektiven Rechts und von den verschiedenen Formen seiner Entstehung hat,[3] zusammen. Alles Recht kann nach Binding auf zwei Arten erklärt werden, durch die Sprache und durch konkludente Handlung. Alles konkludent erklärte

---

[1]) Nach Merkel bei Holtzendorf II S. 76 liegt eine Lücke nur dann vor, wenn die Durchführung von Rechtsvorschriften die Entscheidung einer prinzipiellen Frage voraussetzt, welche innerhalb des positiven Rechts sich nicht entschieden findet.

[2]) Läge eine wirkliche Lücke vor, so hätte Binding § 215 A. 8 recht, so könnte auch durch Analogie kein Recht sondern nur ein Rechtssurrogat gefunden werden. Binding spricht S. 214 von Ausfüllung der Lücken der Gesetze, nicht des Rechts, was mit seiner Theorie vom gesetzten und ungesetzten Recht zusammenhängt. Siehe oben.

[3]) a. a. O. S. 197 ff. 213 ff.

Recht ist ungesetztes Recht. Indem nun sowohl der Rechtsgedanke als der Rechtswille ausdrücklich und konkludent erklärt werden können, ergiebt sich, daß auf vier verschiedene Arten Recht entstehen kann. Das Analogieresultat nun gehört zu demjenigen Recht, bei dem weder der Rechtsgedanke noch der Rechtswille ausdrücklich erklärt sind, also zu dem vollständig ungesetzten Recht. Wenn man einerseits erstaunt ist, daß das aus dem Gesetz abgeleitete Resultat der Analogie vollständig ungesetztes Recht sein soll, so muß man andrerseits berücksichtigen, daß es ja allerdings in den Worten des Gesetzes nicht unmittelbar gefunden wird.

Die Voraussetzung für diese Binding'sche Ansicht ist eine wesentlich formale Auffassung der Sprache als Erklärungsmittel, eine Auffassung, die dem Wesen der Sprache Gewalt anthut. Es läßt sich nicht mit der Elle abmessen, welche Gedanken ausdrücklich in einer Rede gesagt, also gesetzt sind und welche Gedanken in ihr enthalten aber nicht ausdrücklich angesprochen sind, also ungesetztes Recht sind. Wenn dies bei der Analogie auch vielleicht noch weniger zu Tage tritt als z. B. bei der berichtigenden Auslegung, welche nach Binding ebenfalls ungesetztes Recht findet, so kann man doch auch das Resultat jener nicht als ungesetztes Recht bezeichnen. Will man nur das als ausdrücklich ausgesprochen, also als gesetzt ansehen, was der Sprechende als Inhalt seiner Worte sich wirklich vorgestellt hat (wie Binding S. 198 A. 5 zu verlangen scheint), so muß man auch einen großen Teil der Auslegungsresultate als ungesetztes Recht ansehen (siehe Binding selbst S. 216 A. 9); es fehlte außerdem, da man über die Gedanken des Gesetzgebers nicht so genau orientiert ist, an jedem festen Kriterium dafür, was ungesetztes Recht sei; endlich käme man damit der von Binding so sehr bekämpften subjektiven Auslegungstheorie doch sehr nahe. Will man das nicht, so ist die formale Scheidung eines Rechts, welches durch das Gesetz gesetzt sei und eines Rechts, welches durch das Gesetz ungesetzt erklärt sei, überhaupt nicht durchführbar. Binding selbst stellt

fest, daß „durch ein Gesetz", wenn auch nicht „in demselben" das Resultat der Analogie Anerkennung gefunden hat. Schon dieser Satz macht es auffallend, daß man das Resultat der Analogie als ungesetztes Recht ansehen soll. Das bedeutet aber, daß zwar das Analogieresultat nicht expressis verbis in dem Gesetz enthalten ist, daß man aber aus dem Erlaß des Gesetzes den Schluß ziehen muß, daß es auch als sanktioniert zu gelten hat. Das Gesetz ist also das konkludente Erklärungsmittel für das Analogieresultat. Der Inhalt des Gesetzes aber steht nicht zum Analogieresultat in demselben Verhältnis wie eine konkludente Handlung zu der Thatsache, die man aus ihr schließt, sondern das Analogieresultat ist selber Inhalt des Gesetzes in dem weiteren Sinne, wie es oben ausgeführt wurde. Das Gesetzeswort ist für das Analogieresultat nicht irgend eine Thatsache, sondern es ist eben das Gesetzeswort, sein Inhalt ist für die Analogie nicht der Gedanke des Gesetzes als Thatsache, als früher einmal vom Gesetzgeber gedacht, sondern der Gedanke des Gesetzes als Gesetz. Ich schließe nicht aus ihm, daß nach den Regeln, unter welchen die Handlungen des Menschen stehen mit seiner Sanktionierung ein anderer Rechtsatz als sanktioniert betrachtet werden müsse, sondern ich leite aus ihm einen andern Rechtsatz mittels des Verfahrens der Analogie ab, der nach den Denkregeln aus ihm abgeleitet werden kann. Mit andern Worten: für Binding ergiebt sich das Analogieresultat aus der Handlung des Gesetzgebers also aus der Gesetzgebung. Nicht durch den Inhalt des Gesetzes, sondern durch die Thatsache der Gesetzgebung dokumentierte der Gesetzgeber für jeden, der es erkennen kann, daß auch das Analogieresultat sanktioniert sei und folglich ist das Analogieresultat ungesetztes d. h. konkludent erklärtes Recht. Für uns ergiebt sich das Analogieresultat aus dem Inhalt des Gesetzes, aus dem Gedanken, der in seinen Worten liegt, aus welchem er mittels des analogischen Verfahrens abgeleitet wird und folglich ist er in dem Gesetz mittelbar enthaltenes also gesetztes Recht.

Man hat auch einen Unterschied zwischen Auslegung und Analogie im Anwendungsgebiet aus den römischen Rechtsquellen hergeleitet, indem dieser gewisse Rechtssätze entzogen sein sollten, solche doch zum Gegenstande extensiver Interpretation gemacht werden dürften. In l. 141 pr. D r. j. 50,17 führt Paulus aus: Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. Nach diesem Satze soll das ins singulare analoger Anwendung unzugänglich sein. Was nun als ius singulare anzusehen sei, darüber herrscht Streit. Die Definition, welches Paulus in l. 16. D. de. leg. 1,3 davon giebt: Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est, scheint durch die Entscheidungen der Quellen selbst als unrichtig hingestellt zu sein.[1] Jedenfalls ist es nicht richtig, daß alles, was man als ius singulare bezeichnet, sich nicht auf ein Prinzip zurückführen lasse. Vielmehr hat das ius singulare im allgemeinen sein besonderes Prinzip.[2] Das ius singulare soll nun zwar, wie allgemein zugegeben wird, eine ausdehnende Auslegung zulassen, jedoch nach dem oben angeführten Satze einer analogischen Anwendung unzugänglich sein.

Darin, daß ein Rechtsatz dem ius singulare angehört, kann aber an sich kein Grund gefunden werden, ihn nicht auch durch Analogie zu uneingeschränkter Entwicklung zu bringen. Soweit sich ein solcher Rechtsatz auf ein ihm zu Grunde liegendes Prinzip zurückführen läßt, ist auch die Möglichkeit, dieses Prinzip entsprechend anzuwenden. Nur müssen allerdings die Voraussetzungen der Analogie auch bei einem derartigen Rechtsatz vorliegen, damit die Analogie statthaft sei. Es muß also aus einem derartigen Rechtsatz ein Prinzip erschlossen werden können, welches die Ausbildung des Rechtsatzes im Wege der Analogie ermöglicht. Die Schwierigkeit liegt hier wie stets bei der Analogie in dem richtigen Urteil darüber, ob ein derartiges Prinzip aus dem

[1]) Vgl. Regelsberger S. 126.

[2]) So auch Dernburg S. 74 unten.

Rechtsatz zu entnehmen ist. So z. B. darf man nicht mit dem Prinzip eines Gesetzes operieren, wo es sich in Wirklichkeit um den Grund oder den Zweck desselben handelt, wo denn der Grund dafür, daß man eine Ausdehnung nicht vornehmen darf, nicht in dem Verbote der Analogie sondern in dem Verbote der Ausdehnung nach dem Zwecke, den das Gesetz verfolgt, oder nach dem Grunde, der es veranlaßt hat, zu suchen ist. Wenn es also beispielsweise auch ganz richtig ist, daß die Testamentsprivilegien der Soldaten im Felde auf als Geiseln festgenommene Civilpersonen nicht ausgedehnt werden dürfen,[1] so folgt dies doch nicht aus dem Verbote analoger Anwendung beim ius singulare. Könnte aus dem obigen Rechtsatz der allgemeine Satz erschlossen werden, daß alle Personen, welche sich im Felde befinden und daher die ordentliche Testamentsform nicht beobachten können, formlos zu testieren befugt sein sollen, so wäre dieser Rechtsatz auch trotz seiner singulären Natur auf derartige Geiseln auszudehnen. Aber zu einer solchen Erweiterung ist er eben nicht geeignet. Vielmehr ist das, was das Prinzip des Gesetzes zu sein scheint, diese Schwierigkeit, die ordentliche Form zu beobachten, nicht das Prinzip, sondern der Grund, der zu dem Erlaß dieses Gesetzes geführt hat. Und daß dieser Grund nicht sich zu einem zur Analogie verwertbaren Prinzip vertieft hat, ergiebt sich gerade aus dem Zweck des Gesetzes, der nicht ist, allen Personen, auf welche der Grund der Formerleichterung zuträfe, also allen im Felde befindlichen Personen, vielmehr der ist, nur den Militärpersonen die Formerleichterung zu gewähren. Allerdings wird nun aber thatsächlich infolge der Natur des besonderen Rechts bei ihm nur selten mit dem Rechtsatz ein Prinzip sanktioniert sein, welches eine analoge Anwendung des Rechtsatzes gestattete. Und zwar kommt dies grade daher, weil bei ihm ein bestimmter Zweck im Vordergrunde steht,

[1]) Beispiel von Heilfron, Bürg. Recht (1897) I S. 42.

der mit dem Gesetz erreicht werden soll.[1] Es sollen eben immer gerade diese Personen, gerade diese Sachen oder Verhältnisse mit besonderen Bestimmungen bedacht werden. Infolgedessen wird die Ausdehnung dieser Bestimmungen über die im Gesetz ausdrücklich angegebenen Gruppen im Wege der Analogie allerdings kaum jemals im Sinne des Gesetzes liegen; aber an sich möglich wäre dies allerdings auch. So weit aber der Zweck des Gesetzes nicht der Bildung eines Prinzips im Wege steht, mit andern Worten, wo Grund und Zweck sich decken — denn soweit Grund und Zweck sich decken, ist eben ein Prinzip vorhanden — soweit ist auch die Analogie beim ius singulare gestattet. Darum trugen auch die römischen Juristen kein Bedenken, die Bestimmung des senatus consultum Velleianum, wonach die Frauen sich nicht durch Bürgschaft oder durch Übernahme von Darlehnsschulden zu gunsten anderer verpflichten sollten, im Wege der Analogie auf jedwede Verpflichtung der Frauen für fremde Verbindlichkeiten auszudehnen. Denn soweit fielen allerdings der Grund des Gesetzes, nämlich der Gedanke, daß es notwendig sei, leichtfertige Personen gegen Nachteile, die ihnen aus unbedachten Versprechungen zu gunsten anderer erwachsen, und der Zweck des Gesetzes, die Frauen gegen derartige Versprechungen zu schützen, zusammen, soweit also floß der Rechtsatz aus einem Prinzip, das nachher der Interpret wieder aus dem Gesetz ableiten und verwerten konnte.

Mit Recht also schränkt Regelsberger[2] den Satz, daß das ius singulare nicht analog angewendet werden dürfe, dahin ein, daß die analoge Erweiterung nach dem rechtspolitischen Motiv unzulässig sei. Es dürften nicht Rechtsätze, die für eine bestimmte Klasse von Personen, Sachen oder Rechtsverhältnissen aus Gunst oder aus Rücksichten der Schutzbedürftigkeit oder aus ähnlichen Gründen

[1] Auch Savigny I S. 217 führt aus, daß bei ius singulare die Beziehung auf das, was in Zukunft erreicht werden soll, also der Zweck, vorherrschend sei.

[2] Pand. S. 160.

eine Ausnahmsbehandlung vorschreiben, um der gleichen Billigkeit oder Nützlichkeit auf andere Klassen von Personen u. s. w. angewendet werden. Zu demselben Resultat kommen Windscheid und Dernburg, wenn auch auf anderem Wege, Dernburg,[1] indem er zwei Arten des ius singulare unterscheidet, Sonderrechte und Rechtssingularitäten, letztere wahre Anomalieen, und nur für letztere analoge Anwendung ausschließt, Windscheid,[2] aus der Erwägung, daß neue Rechtsätze stets sich gegenüber dem vorhandenen Recht als regelwidriges Recht darstellen. Auf welche Art dies mit dem Satz des Paulus zu vereinigen sei, darüber sind verschiedene Ansichten geäußert worden. Doch kann man nicht sagen, daß es nicht von selbst sich vereinigen ließe. Denn demjenigen „quod contra rationem iuris receptum est", fehlen die Voraussetzungen der Analogie nach dem obigen, soweit es eben „contra rationem iuris" ist.[3]

Eine derartige Behandlung nun, wie sie die Analogie mit dem Gesetze vornimmt, ohne weiteres, ohne spezielle Veranlassung vorzunehmen, wäre durch nichts gerechtfertigt. Denn das Gesetz ist nicht dazu da, um zum Gegenstande logischer Operationen zu dienen. Wohl ist es dazu da, um erkannt und bis zu den geringsten Eigentümlichkeiten erforscht zu werden — denn welchen würdigeren Gegenstand könnte der forschende Menschengeist finden — wohl ist es also dazu da, um ausgelegt zu werden. Aber es mittels der Analogie zu bearbeiten, es zu gestalten und fortzubilden, das ist nicht mit dem Streben nach Erkenntnis allein motiviert. Daher kann man behaupten, daß die Analogie nicht ohne weiteres mit dem Gesetz gegeben ist, sondern daß sie stets eine spezielle Veranlassung hat und haben muß, um vernünftig und zweckmäßig zu sein. Es muß ein Bedürfnis für sie vorliegen, es muß irgend ein praktischer Fall im Leben, sei es ein

---

[1]) Dernburg, Pand. S. 74.

[2]) Windscheid-Kipp, S. 104 A. 3.

[3]) So auch Windscheid, a. a. O. S. 104, ähnlich Dernburg, indem er den Satz nur für die Rechtssingularitäten gelten läßt.

wirklicher, sei es ein vorgestellter aber möglicher, ihre Anwendung fordern, sonst mag man analogische Spekulationen ruhig für sich behalten; gerade so, wie man nicht Gesetze macht, so lange ein Bedürfnis für rechtliche Regelung eines Thatbestandes nicht vorhanden ist.

Daher ist endlich die Analogie nicht ohne weiteres mit der Existenz des Gesetzes als erlaubt anzusehen. Hätten wir nur einzelne Normen aber kein Ganzes einer Rechtsordnung, nur einzelne Gesetze, aber kein zusammenhängendes positives Recht, so würden wir dennoch so berechtigt wie verpflichtet sein, diese Vorschriften anzulegen; analogisch fortbilden aber dürften wir sie nicht. Denn die Analogie ist berechtigt und lebensfähig nicht schon, weil das Gesetz da ist und vielleicht aus einem Prinzip geflossen ist, aus dem sich noch andere Konsequenzen ableiten ließen, sondern nur, weil das Recht ein Ganzes bildet, ein einheitlich geordnetes und als Einheit erkennbares System.

§ 9.

Analogie und positives Recht. Natur der Sache.

I. Die bisherigen Ausführungen über Analogie zeigen deutlich, daß die Analogie nicht neues Recht schafft, also über die Befugnisse des Richters, wie sie gewöhnlich begrenzt werden, nicht hinausgeht. Denn wir haben festgestellt, daß die Analogie vom positiven Recht *ausgeht* und auch in ihrer weitesten Ausdehnung fortdauernd auf ihm *beruht*. Wir haben ferner festgestellt, daß die Annahme, die Analogie gehe über den Willen des Gesetzes hinaus, unbegründet ist, da sie stets nur den mittelbaren Inhalt des Gesetzes herausstellt, also über das Gesetz selbst nicht hinausführt.

Dennoch wäre es eine Täuschung zu glauben, die Resultate der Analogie seien rein positives Recht, nicht anders als jeder unmittelbar aus dem Gesetz entnommene Rechtsatz.

Vielmehr, wie man nur mittels eines besonderen Verfahrens zu ihnen gelangt, so haben sie auch eine besondere Natur und stehen dem subjektiv gefundenen Vernunftrechte weit näher als andere Rechtsätze. Denn, betrachtet man es recht, so ist doch schon der Gedanke, aus welchem wir oben ihre Daseinsberechtigung ableiteten, das systematische, logische, organische Moment im Recht, nicht mehr rein positiv. Das positive Recht giebt Rechtsätze, Regeln, Normen. Aber diese innere Ordnung, die wir in ihnen erkennen, diese Einheit, zu der wir diese Regeln verbinden, ist nicht selbst wiederum eine Norm, sondern es ist die Idee, der Gedanke, der, wie hinter allem Bestehenden, so auch hinter dem Recht verborgen und doch erkennbar da ist. Es ist der Gedanke der Einheit in der Vielheit, der Form gegenüber dem Stoff, des Kosmos in dem Chaos. Aber diesen Gedanken finden wir nicht im Recht allein, sondern wir finden ihn in allem Bestehenden, in allen menschlichen wie in allen natürlichen Schöpfungen unter denen das Recht selbst wiederum nur einen einzelnen Platz erhält und mit denen es sich verbindet zur gesamten positiven Welt. Diesen Gedanken aber, obwohl wir ihn in der Welt zu finden glauben, legen wir dennoch in die Welt hinein. Er stammt ebensowohl aus dem Objekt, das betrachtet wird, wie aus dem Subjekt, das betrachtet, denn nur durch die Betrachtung und durch die Erkenntnis ist er vorhanden. So auch im Recht. Auch hier glauben wir, ihn im Gesetz zu finden und haben ihn doch erst in dasselbe hineingelegt, um ihn nachher wieder aus ihm zu entnehmen. Auch hier meinen wir, er sei im Objekt vorhanden, aber auch hier vermischt sich Objektives und Subjektives, um ihn gemeinsam zu erzeugen.

Auf solcher Grundlage baut sich mit Notwendigkeit auch ein aus objektiven und subjektiven Elementen gemischtes Ergebnis auf. Denn dieses Ergebnis ist und bleibt ein Erzeugnis des Nachdenkens, ein Produkt dessen, der es gefunden hat. Als solches aber tritt es uns ganz anders gegenüber als ein Gesetz. Es herrscht nicht durch formale Macht, sondern durch Überzeugungskraft; wir wenden es nicht an, weil wir müssen,

sondern weil wir wissen, weil wir es erkannt haben. Wir lehnen es also ab, wenn wir nicht überzeugt sind.

Und endlich diese Erkenntnis und die aus ihr folgende Überzeugung ist wie bei allem Subjektiven wandelbar und menschlicher Entwicklung unterworfen. Zwar scheint es, als könne ein Verfahren, welches aus der Norm das Prinzip und aus diesem die Konsequenz herleitet, stets nur dasselbe Resultat ergeben. Denn das Prinzip, aus dem die Norm geflossen, ist und bleibt doch zu allen Zeiten dasselbe. Aber verborgen unter der Hülle strenger Logik werden bei seiner Auffindung Gedanken der Billigkeit, der Zweckmäßigkeit, des Verkehrsbedürfnisses thätig sein und etwa einen späteren Betrachter da ein Prinzip finden lassen, wo ein Zeitalter vorher noch niemand daran gedacht hat.

II. Auch ist diese Thatsache keineswegs als ein Unglück zu betrachten. Mögen immerhin durch die Pforte der Analogie subjektive Gedanken in unser objektives Recht eindringen, mag immerhin die Positivität unseres Rechts durch die Analogie einen gewissen Abbruch erleiden, und richterliches Ermessen und richterliche Vernunft gesetzgeberischem Denken und Wollen ins Handwerk pfuschen, zum Schaden unseres Rechts und unserer Rechtsprechung wird es nicht gereichen. Im Gegenteil nachdrücklich muß es als ein Verdienst der Analogie wie auch der Auslegung anerkannt werden, daß gerade sie eine gedeihliche Fortentwicklung unseres positiven Rechts ermöglichen und bewirken, daß sie vor allem verhindern, daß aus dem Gesetz „eine ewige Krankheit“ werde, die sich von Geschlecht zu Geschlecht vorwärts schleppt.

Von dieser Stelle aus ist noch ein Schritt vorwärts zu thun. Man findet es so vortrefflich, wenn der Richter vermittels der Analogie zu einer Entscheidung ein Prinzip anwendet, das in irgend einer Konsequenz schon im Gesetz enthalten ist, weil damit die Positivität der Entscheidung gewahrt wird. Ist das aber wirklich so vortrefflich? Wer ist denn der Gesetzgeber? Hat er etwa den Stein der Weisen mit seinem Gesetz gefunden, daß nun ein neues Lebens-

verhältnis zweifellos ganz ausgezeichnet geregelt wird, wenn man zu seiner Regelung ein aus dem alten Gesetz entnommenes Prinzip anwendet? Aber, wenn es nicht vortrefflich ist, so ist es, wie man meint, dennoch notwendig. Denn das Recht muß positiv vom Gesetzgeber gesetzt sein. Eine jede Entscheidung also muß sich auf eine positive Rechtsnorm stützen. Muß sie das aber wirklich? Die Gründe, die man hierfür anführt, sind zweifellos schwerwiegend genug. Das Recht soll klar und deutlich, es soll fest und sicher sein. Wie aber kann es das, wenn subjektive Vernunft, subjektives Meinen einem Falle seine Norm giebt. Da würden gewiß die verschiedensten Meinungen auftauchen, die verschiedensten Urteile gefällt werden; da würden überdies Zweifel und Unsicherheit im Rechtsleben einreißen, da niemand wüßte, wonach er sich zu richten hätte.

Doch diese Furcht ist unbegründet. Man vergißt dabei, daß es sich nur um die verhältnismäßig seltenen Fälle handelt, in denen das positive Recht keine Norm darbietet; ja daß Auslegung und Analogie erst den ganzen Inhalt der Rechtsordnung erschöpft haben müssen, ehe unser Fall eintritt. Es soll ja nicht das ganze positive Recht aufgehoben werden, und Naturrecht an seine Stelle gesetzt werden, sondern es sollen nur die anders nicht entscheidbaren Fälle, die das Leben darbietet, bestmöglichst entschieden werden. Daher wird man auch gegen diese Art der Zulassung der Natur der Sache nicht einwenden dürfen, daß sie das ganze positive Recht überflüssig mache. Mit größerem Recht wird man umgekehrt sagen können, daß sie die Notwendigkeit des positiven Rechts und unter Umständen sogar im einzelnen Fall die Notwendigkeit einer Erweiterung des positiven Rechts darthue. Denn die Anwendung der „Natur der Sache" ist stets der Ausweg aus einer Notlage.[1] Man kann aber gewiß nicht sagen, daß Notlagen das Normale

1) Wie Merkel bei Holtzendorff II S. 79 schon für die Analogie behauptet.

seien oder gar daß man sie noch vermehren müsse. Vielmehr wird man das Möglichste thun müssen, um sie ganz und gar abzustellen.

Man vergißt aber ferner, daß alle behaupteten Übelstände sich bei der Rechtsanalogie in mindestens ebenso hohem Maße finden wie bei der „Natur der Sache". Oder meint man wirklich, aus dem „Geist der Rechtsordnung" werde sich eine sichere und bestimmte Entscheidung in jedem Falle entnehmen lassen, und sie werde so leicht erkennbar sein, daß sie jedermann sofort einleuchten werde; der Geist der Rechtsordnung werde deutlich und klar „zum andern Geiste" sprechen und dem Richter die Entscheidungsnorm mitteilen?

Es ist also weder notwendig noch zweckmäßig in allen Fällen vermittels der Analogie eine Entscheidungsnorm zu schaffen. Es ist aber dies auch nicht möglich, vielmehr ist es notwendig, daß noch eine andere Möglichkeit für den Richter vorhanden sei, sich eine Norm für seine Entscheidung zu verschaffen. Denn auch das durch Auslegung und Analogie erweiterte positive Recht wird den sich verändernden, sich umgestaltenden und sich neu gestaltenden Verhältnissen des Lebens nicht immer gerecht.[1] In dieser Not aber dürfen wir nicht hülflos sein und wir sind es auch nicht. Denn wenn wir keine positive Norm haben, so fragen wir das Lebensverhältnis, das wir vor uns haben, selbst um Rat, wie es rechtlich zu regeln sei. „Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. . . . Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist." [2]

Das können wir, so lange wir einen Richterstand haben, der, wie er juristisch durchgebildet ist, so auch in die Lebensverhältnisse einzudringen Kraft und Neigung hat. So lange wird subjektive Vernunft und die den Dingen inne-

[1]) Vgl Goldschmidt, Handelsrecht 2 A. Bd. I. S. 205.
[2]) Dernburg, Pand. I. S. 87.

wohnende Ordnung, im Richterspruch vereinigt, nicht Willkür und Rechtsunsicherheit bedeuten, sondern ein Resultat ergeben, daß der wahren Gerechtigkeit so sehr angenähert ist, wie menschliche Vernunft es vermag.

Das dürfen wir, weil es notwendig ist und weil es zweckmäßig ist, und wenn wir es nicht dürften, so würden wir es dennoch thun, wenn auch vielleicht unter dem Deckmantel von Auslegung und analogischer Fortbildung des Gesetzes.

III. Die Grundlage für die Anwendung der Natur der Sache liegt also in dem Vorkommen von Verhältnissen, die einer rechtlichen Normierung bedürfen, ohne daß das Gesetz eine solche gewährt. Diese Möglichkeit kann nicht geleugnet werden. Es giebt Angelegenheiten, die unzweifelhaft rechtlicher Natur sind, ohne daß sich Rechtsvorschriften für sie finden. Man braucht nur an das internationale Privatrecht zu erinnern, um ein ganzes Gebiet zu kennzeichnen, das, teilweise auch noch nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht durch Rechtsvorschriften geregelt ist. Sind solche Verhältnisse überhaupt ungeregelt? Das wird man nicht behaupten wollen. Regeln sind vorhanden. Diese Regeln sind eben das, was den Verhältnissen angemessen, was gerecht ist. Ob wir dies erkennen oder nicht, ist eine zweite Frage, die wie alle Fragen nach objektiver Gewißheit, nach Wahrheit, nicht absolut und unbedingt zu beantworten ist. Ob wir es zu erkennen versuchen sollen und eventuell das, was wir erkannt zu haben glauben, auch ohne ausreichende positivrechtliche Grundlage zur Anwendung bringen sollen, diese Frage ist eben die Frage nach der Berechtigung der Natur der Sache.

Diese Berechtigung ist schon daraus hergeleitet worden[1] daß in früheren Zeiten diese Art der Rechtsschöpfung einen großen Raum einnahm. Vor allem die Schöffen im deutschen Mittelalter, denen nur wenig positives Recht zur

[1]) Adickes, Rechtsquellen S. 7.

Entscheidung der ihnen vorliegenden Fälle zu Gebote stand, urteilten vielfach nach dem, was ihnen nach der Sachlage am angemessensten schien. Aber wenn man selbst davon absieht, daß es nicht bewiesen ist, daß diese Methode der Schöffen die richtige war, so muß man doch zugeben, daß die Verhältnisse sich seitdem sehr geändert haben. Unsere Anschauungen sind andere als die des Mittelalters. Unsere Richter sind rechtsgelehrte Richter. Unsere positiven Rechtsquellen fließen reichlicher. Es könnte also jetzt sehr wohl die Anwendung der Natur der Sache ausgeschlossen sein.

Diese Berechtigung aber liegt zunächst in der Thatsache, rein als Thatsache betrachtet, daß solche Verhältnisse vorkommen, für die sich keine ausreichende Normierung im positiven Recht findet. Falls sie nicht vorkommen, so brauchen wir die Natur der Sache nicht. Denn nur, wenn das positive Recht uns im Stiche läßt, sollen wir sie ja verwenden. Falls sie aber vorkommen, so wird diese Thatsache uns zwingen, sie zu berücksichtigen.

Vor allem wird diese Thatsache uns antreiben, nach der gerechtesten Normierung dieser Verhältnisse zu suchen. Und dadurch entsteht eine neue subjektive Thatsache, welche von Bedeutung ist. Denn wenn wir etwas gefunden haben, so bewirkt dies schon die Tendenz, es auch anzuwenden. Wir wollen, daß das, was wir für recht halten, auch Recht werde. Dies letztere ist nur die Erweiterung dessen, was wir oben vom Einfluß der Thatsachen auf die Auslegung sagten. Das, was wir selbst als gerechte Norm für die thatsächlich gegebenen Verhältnisse ansehen, drängt uns nicht nur dazu, dies im Gesetz zu finden, es treibt uns auch, wenn kein Gesetz vorhanden ist, es auch ohne Gesetz anzuwenden.

Diese Berücksichtigung der Thatsachen ruht in letzter Linie auf der Notwendigkeit, das Leben überhaupt nach den konkreten Verhältnissen und nicht nach vorher gedachten abstrakten Regeln einzurichten und nimmt aus dieser Notwendigkeit ihre Berechtigung.

„Leicht bei einander wohnen die Gedanken.
Doch hart im Raume stoßen sich die Sachen".

Was bedeuten Grundsätze gegenüber den wirklichen realen Verhältnissen oder vielmehr was nützen sie, wenn sie diesen Verhältnissen nicht gerecht werden. Hätte Bismarck das deutsche Reich nach einer bestimmten Theorie gegründet, er hätte gewiß weniger Beifall mit seiner Schöpfung, als da er es verstand, die gegebenen Verhältnisse zu berücksichtigen. Nun mögen die Staatsrechtstheoretiker versuchen, die richtige Konstruktion dafür herauszufinden. Wie berechtigt dieses Verlangen ist, die Thatsachen zu berücksichtigen, hat der Gesetzgeber selbst sehr häufig anerkannt. Überall, wo er den Richter auf sein Ermessen verweist, vor allem aber bei Benutzung der weiten Strafrahmen, die das Strafgesetzbuch gewährt, ist der Richter berechtigt wie verpflichtet, die Thatsachen zu berücksichtigen. Er soll die eigentliche, für diesen Fall geeignete Norm erst aus den Umständen des Falles nehmen. Und wer wollte das für ein Unglück halten.

Jene Berechtigung liegt aber ferner in der Freiheit des Denkens. Das Vernünftige, Naturgemäße, das Bedürfnis des Verkehrs d. h. das, was man als solches erkannt hat, auch in seinen Handlungen zum Ausdruck zu bringen, für den Juristen also, es als Norm für die vorliegenden Fälle gelten zu lassen und anzuwenden, ist an sich ein Grundrecht jedes Menschen, das sich in letzter Linie auf die Freiheit des Menschen zurückführen läßt. Es kann daher nur und wird nur durch die positiven Gesetze beschränkt. Soweit diese Raum lassen, tritt es wieder ein. Es überhaupt zu verbieten, stände gewissermaßen auf einer Linie mit der Beschränkung der Gewissensfreiheit und der Denkfreiheit überhaupt. Denn gerade so gut wie der Gläubige seine Religion *ausüben*, der Denker seine Gedanken *aussprechen* will, will der Jurist das Erkannte, das Richtige bethätigen d. h. anwenden. Aber nur soweit er einer Norm bedarf und soweit nicht das positive Recht entgegensteht. Denn für den Juristen ist allerdings zunächst das Gesetz das

Richtige, seine Religion und seine Wahrheit. Aber diese Schranke bildet von diesem Standpunkt aus das positive Recht nur daher, weil es selbst als das Gedachte sich darstellt, als das normal Gedachte, das Beste, was über den betreffenden Punkt gedacht werden könnte, was daher ohne weiteres anzunehmen ist, auch weiter zu durchdenken und ganz auszudenken ist. Aber wo dieses Ausdenken nicht zum Resultat führt, da muß und darf deshalb der einzelne noch weiter denken. Wenn man diese unbedingte Schranke des positiven Rechts beachtet, wenn man ferner erwägt, daß es sich hier nicht darum handelt, das, was als „Natur der Sache" angewendet werden soll, festzustellen, sondern nur, worauf sich die Berechtigung, etwas Derartiges anzuwenden, stützt, so wird man das Gesagte von naturrechtlichen Ideen unterscheiden können.

Aber zu dem Einfluß der Thatsachen und zu der Freiheit des Denkens kommt die Notwendigkeit hinzu. „Das Leben aber wartet nicht, und der Richter darf mit seinem Spruch nicht warten, bis der Gesetzgeber diese Lücke ausgefüllt hat".[1] Diese Notwendigkeit besteht vor allem für den Juristen. Seine Sache ist es, die Normen zu erweisen, deren die Gestaltungen des Lebens bedürfen. Und zwar muß er zeigen, daß diese Normen Rechtsnormen sind, nicht Lebensregeln anderen Charakters. Denn die Lebensverhältnisse bedürfen, insoweit sie eine juristische Seite haben, der rechtlichen Regelung. Der Jurist läßt also einen Teil seiner Aufgabe ungelöst, wenn er nicht unter Umständen sich entschließt, auf die Natur der Sache zurückzugreifen, und ebenso entbehrt ein Teil des Lebens in diesem Fall der Normierung, deren es bedarf. Die Erkenntnis dieser Notwendigkeit treibt auch diejenigen Schriftsteller, welche der Natur der Sache einen Platz einräumen, zu dieser Anerkennung. „Allein ein Untergang dieser Rechtsquelle war unmöglich, denn sie ist unentbehrlich und absolut not-

[1]) Binding, S. 202.

wendig. Wo Gesetz und Herkommen keine Vorschriften enthalten, wo eine allgemeine Rechtsüberzeugung nicht vorhanden ist, da kann lediglich die eigene Überzeugung entscheiden", bemerkt Adickes.[1] Und Kohler führt aus:[2] „Auch diese Fragen muß die Jurisprudenz überwinden; und fehlt es an gesetzlichen Prinzipien, so muß sie sich ihre wissenschaftlichen Prinzipien selbst schaffen".

Aber dies alles würde noch nicht genügen, um die eigentliche Natur der Sache zur Erscheinung zu bringen. Es kommt jedoch noch die besondere Stellung des Richters im Staats- und Volksleben hinzu. Wir sahen oben, daß der Richter stets eine Entscheidung, also auch eine Entscheidungsnorm bereit haben muß. Wie kann seine Entscheidung aber immer auf rein positive Normen sich stützen, wenn das positive Recht nicht immer und überall Entscheidungsnormen bereit hat. Es widerspricht aller Vernunft, dem Richter die Notwendigkeit der Entscheidung aufzubürden, ihm aber für diese Entscheidung nur unzureichende Gesetze zu geben. Daß es aber unbedingt im Wesen der Gesetze liegt, daß sie wenigstens nach Anwendung der Analogie, stets eine positive Norm darbieten, kann man gewiß nicht behaupten. Man müßte denn mit Analogien zufrieden sein, die in der That keine mehr sind. Man braucht nur an ein Gemeinwesen zu denken, in dem nur ganz wenige, ganz spezielle Gesetze existieren. Und daß solche Fälle auch bei uns vorkommen, dafür sorgen nicht nur die Veränderungen und Fortschritte des Verkehrs, sondern auch die ganz unerwarteten und eigentümlichen Gestaltungen und Formen, die die Dinge, welche man zu kennen glaubte, manchmal annehmen und an welche kein Gesetz gedacht hat und hat denken können. Der Richter steht, wie Kohler (a. a. O. S. 57) sich ausdrückt, manchmal blank und frei einer juristischen Erscheinung gegenüber.

[1]) Rechtsquellen, S. 8, 9.
[2]) Bei Grünhut 13, S. 57.

Aber wie in dieser Stellung des Richters eine Pflicht, so liegt in ihr auch ein gewisses Recht begründet. Der Richter ist das jederzeit thätige, immer bereite Organ des Rechts. Er ist eine Rechtsquelle, nicht in dem Sinn, daß er Gesetze schafft, aber in dem Sinn, daß sein Spruch Recht macht zwischen den Parteien. Er ist insofern der Gesetzgeber des einzelnen Thatbestandes und als solcher berechtigt, soweit er nicht durch den allgemeinen Gesetzgeber beschränkt ist, diesem einzelnen Thatbestand ganz und gar gerecht zu werden. Das liegt in der Natur seines Amtes. Auch diese Thatsache ist von verschiedenen Schriftstellern bemerkt worden. „Die Rechtsordnung muß jedem streitigen Falle sein Recht setzen, und ihr erstes ursprüngliches Organ ist der Richter. Das Gesetz ist eingeführt, um ihn selbst ebensowohl wie die Rechtsuchenden vor seiner Willkür zu bewahren; aber, wo das Gesetz ihn im Stiche läßt, tritt seine ursprüngliche Freiheit wieder ein, das Recht unmittelbar aus der sittlichen Anschauung des Volkes zu schöpfen, deren erlesener Träger er ist" führt Klöppel[1] aus; ähnlich bemerkt Adickes:[2] „Und gerade diese Erhebung der Rechtsüberzeugung des einen über die der andern, diese Schaffung eines mit besonderen Machtvollkommenheiten begabten Organs der Rechtsfindung ist es, welche allein die Stellung der subjektiven Vernunft als Rechtsquelle überhaupt erst zu einer segensreichen und gedeihlichen macht, ja in gewissem Umfange sie erst ermöglicht." Ja wir können aus diesen letzten Gründen sogar behaupten, daß die eigentliche „Natur der Sache," die Natur der Sache im technischen Sinn nur bei der Thätigkeit des Richters zur Erscheinung kommt. Nur er hat wie das Recht und die Pflicht so auch die Möglichkeit, die Natur der Sache in thatsächlich aktueller Form als Ergänzung der juristischen Grundlagen seines Urteils heranzuziehen. Soweit ein anderer die Natur der Sache einer rechtlichen Erscheinung auf-

[1]) In Gruchot's Beiträgen Bd. 32 S. 629.

[2]) a. a. O. S. 11.

findet, hat seine Thätigkeit eine mehr theoretische Bedeutung sei es zum Zwecke der Erkenntnis, sei es als Vorarbeit für den Richter oder für den Gesetzgeber.

Gegenüber den angeführten Gründen hat die Behauptung, daß die Lebensverhältnisse ihr Maß und ihre Ordnung in sich tragen, nicht die Bedeutung eines selbstständigen Grundes, sondern sie bezeichnet nur ein Mittel zum Zweck, sie stellt nur eine Umschreibung dessen dar, was bisher kurz mit „Natur der Sache" bezeichnet wurde. Dieser Gedanke nun wird von verschiedenen Schriftstellern ausgeführt, und es wird das Vorhandensein einer den Dingen innewohnenden Ordnung auf verschiedene Art dargethan. Ob eine solche vorhanden anzusehen ist, ob nicht, darauf kommt es jedoch in Wahrheit gar nicht an. Denn wahrnehmbar ist diese „innere" Rechtsordnung im Sinne dieser Schriftsteller jedenfalls nicht. Es ist eine philosophische Frage und man wird auch mit den triftigsten Gründen den nicht von dem Vorhandensein dieser Ordnung überzeugen, der sie nicht von selbst sieht. Goldschmidt vor allem führt aus:[1] „Alles Recht ist äußere Norm des menschlichen Zusammenlebens, alles Recht ist objektiv, aber nicht alles Recht ist positiv. Jedes Lebensverhältnis oder, was das Gleiche sagt, jeder Thatbestand des Gemeinlebens, soweit er der Rechtsordnung zugänglich ist, trägt seine angemessenen, natürlichen Rechtssätze, sein ius aequum in sich. Es besteht ein Natur- oder Vernunft- oder ideales Recht (ius naturae, naturale), das ist die Gesamtheit derjenigen Rechtssätze, welche der vernünftigen Natur des Menschen und der inneren objektiv gegebenen Natur der jederzeitigen Lebensverhältnisse, der Natur der Sache (naturalis ratio) entsprechen. Dieses wahre, nicht eingebildete, nicht aus der Vernunft geschöpfte, sondern auf der vernünftig erkannten Natur des Menschen und seiner derzeitigen Lebensverhältnisse, als seiner realen Grundlage, beruhende, daher auch nicht ewige und unveränderliche noch

[1]) Handelsrecht 2. A. II S. 302. Ähnlich Bähr, Urteile des RG. S. 10, auch Dernburg S. 87, oben S. 100 und Regelsberger S. 68.

überall gleiche Naturrecht ist somit den menschlichen Lebensverhältnissen immanent." . Aber bewiesen ist mit diesen Ausführungen das Vorhandensein der „inneren Ordnung" wohl kaum. Und beweisen läßt sie sich, wie gesagt, dem, der sie nicht sieht, nicht.

Andererseits läßt sich aber gewiß nicht leugnen, daß es für jeden Thatbestand gewisse Regeln giebt, die zweckmäßiger Weise als Normen desselben angesehen werden. Es kann höchstens fraglich sein, ob der einzelne diese Regeln zu erkennen vermag. Aus einer höheren Eingebung schöpft doch auch der Gesetzgeber die Regeln, die er aufstellt, nicht, sondern er abstrahiert sie von dem wirklichen Leben. In dieser Beziehung, nach der materiellen Seite seiner Thätigkeit, aber ist der Gesetzgeber nicht ein einzigartiges Wesen. Er versteht es höchstens besser als andere, aber er versteht es nicht ganz allein, diese Normen zu finden. Man würde die Bedeutung der Wissenschaft weit niedriger anschlagen, als sie es verdient, wenn man ihr die Fähigkeit absprechen wollte, auch wo das Gesetz nicht hinreicht, die richtigen Regeln zu finden. Daß sie dadurch freilich keine gesetzlichen Normen im formellen Sinne werden, ist gewiß.

Also wie weit die innere Rechtsordnung reicht und wie weit wir sie zu schauen vermögen, kann ruhig dahingestellt bleiben. Es ist dagegen vollkommen richtig, was Regelsberger (a. a. O. S. 68) bemerkt: „Natur der Sache, Vernunft der Dinge, naturalis ratio, Zweckgedanke, Verkehrsbedürfnis, Rechtsgefühl sind nur verschiedene Bezeichnungen für dasselbe Ding." Mit andern Worten man muß alles berücksichtigen, was der wahren Gerechtigkeit nahe führt, sobald man sich nicht auf vollkommen positivem Boden befindet. Das ist „Natur der Sache."

Es handelt sich eben, nochmals kurz gesagt, wenn man sich einmal die Thatbestände des Lebens, die Rechtsnorm und den Menschen als drei verschiedene Faktoren vorstellt, die im Rechtsleben immer zusammenwirken, um die Betonung und Hervorhebung des wirklichen Lebens und des

Menschen gegenüber der Rechtsnorm. Diese Hervorhebung wird dadurch notwendig und wird dadurch zu den weitesten Konsequenzen geführt, daß die Rechtsnormen nicht immer ausreichen, und sie wird ermöglicht und gelangt zur akuten Bethätigung dadurch, daß Richter eingesetzt sind, welche die Pflicht haben, aber auch das Recht haben, alle Thatbestände zu normieren. Will man diese Möglichkeit erweisen, dadurch, daß man eine unsichtbare Rechtsordnung als vorhanden annimmt, so ist das mehr eine philosophische Erklärung für eine Erscheinung als ein Beweis, es bringt vielleicht die Sache dem Verständnis näher, es erleichtert die Vorstellung, aber es ist nicht der Grund der Erscheinung.

Diese Erkenntnis (daß es sich nicht um das Schöpfen aus einer unsichtbaren Rechtsordnung handelt) giebt auch der Anwendung der Natur der Sache das richtige Maß. Keineswegs soll, wie Adickes will, die subjektive Vernunft als einzige Rechtsquelle angesehen werden, die nur durch das positive Recht beschränkt wird, keineswegs soll, wie Goldschmidt ausführt, das „immanente" Recht als das „wahre" Recht angesehen werden und das positive Recht lediglich deshalb als eine in Wahrheit Recht erzeugende Quelle bezeichnet werden, weil es möglich ist und häufig vorkommt, daß es mit dem natürlichen Recht in Widerspruch steht. Vielmehr ist umgekehrt das positive Recht der Boden, aus dem nach heutiger Anschauung das Recht erwächst. Dem gegenüber stellt sich das Hinzuziehen der Natur der Sache als eine Ausnahme und, wie oben schon betont wurde, als eine in einer Notlage begründete Ausnahme dar.

Und daß diese heutige Anschauung verkehrt sei, daß es vielleicht besser sei, das positive Recht ganz abzuschaffen und natürliches Recht an seine Stelle zu setzen, soll gewiß nicht behauptet werden. Denn ob ein natürliches Recht den Dingen immanent ist, das kann zweifelhaft sein; daß ein positives Recht besteht, ist unzweifelhaft. Was dies natürliche Recht bestimmt, das könnte nicht nur, das müßte häufig

zweifelhaft sein, da sich oft für eine der Natur der Sache entlehnte Regel so viel anführen läßt wie für eine andere. Was das natürliche Recht besagen würde, darüber könnte jeder mitreden; was das positive Recht enthalten soll, bestimmt allein der Gesetzgeber. Jenes würde daher nicht nur äußerst mannigfaltig ausfallen, äußerst verschieden aufgefaßt werden, äußerst unsicher und unbestimmt sein, es würde auch häufig äußerst verkehrt und schlecht sein. Dieses dagegen ist nicht nur einfach, deutlich, klar, jedermann zugänglich, es ist auch anzunehmen, daß es richtig ist und vernünftig ist, da es mit Sorgfalt erdacht ist und von der kompetentesten Seite herrührt.

Aus dem Gesagten folgt auch, daß die Natur der Sache in ihrer Thätigkeit nicht als ganz unabhängig von dem positiven Recht anzusehen ist. Zum mindesten soll sie versuchen, stets an das positive Recht anzuknüpfen und nur, wenn das nicht möglich ist, gewinnt sie in dieser Beziehung eine größere Freiheit.[1]

Auch möchte ich die Natur der Sache nicht als eigentliche Rechtsquelle bezeichnen. Denn daß sie mit den Rechtsquellen des positiven Rechts, Gesetz und Gewohnheit, nicht auf einer Linie steht, ergiebt sich ganz von selbst und ergeben die vorstehenden Ausführungen hinlänglich. Daß sie aber überhaupt als eine eigentliche Quelle objektiven Rechts anzusehen sei, dem steht ihre Abhängigkeit von der Überzeugung dessen, der sich ihrer bedient und ihre dadurch bedingte Geltung, ihr naher Zusammenhang mit dem einzelnen Fall, bei dem sie zur Anwendung kommt, ihre enge Verbindung mit der richterlichen Thätigkeit und ihr aus der richterlichen Entscheidung entstammender Ursprung entgegen. Viel eher möchte ich sie, wie Dernburg, als eine „Ergänzung der Rechtsnormen" bezeichnen, deren „der denkende Jurist" sich bedienen muß, „wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder

[1]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 57.

unklar ist." Doch kommt es auf die Bezeichnung, zumal bei der Unsicherheit und Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „Rechtsquelle," für die Sache selbst nicht viel an.

Und es ergiebt sich endlich, daß die „Natur der Sache" ebensowenig wie das positive Recht auch die Auslegung und die Analogie überflüssig macht. Vielmehr ist es die erste Aufgabe des „denkenden" Juristen, des Gesetzes völlig Herr zu werden und ihm sein volles Anwendungsgebiet zu verschaffen. Auslegung und Analogie aber sind diese Mittel, die, wie sie uns das Gesetz erst völlig erschließen, so auch dem Leben in seinen zahllosen Gestaltungen seine Regel und seine Norm gewähren. Sie enthüllen das Verborgene, sie machen das Unvollständige vollständig, das Unsichere gewiß. Sie bewirken durch ihre unabläßige Arbeit am Gesetz, daß das Gesetz den Fortschritten des Lebens, den menschlichen Fortschritten überhaupt gewachsen bleibe. So erhalten sie gleichsam das Jahrhunderte überdauernde Gesetz ewig jung, sie verbinden Vergangenheit und Gegenwart und lassen auch für die Zukunft eine gedeihliche Entwicklung erhoffen. Damit drängen sie aber auch die Anwendung der Natur der Sache viel weiter in den Hintergrund, als es vielleicht zuerst den Anschein hat, geben der Anwendung der Natur der Sache das richtige Maß und beschränken sie auf die Fälle, wo ihr Eintreten notwendig ist. Welches dieser Punkt ist, das mag in jedem Falle der Richter entscheiden. Das richtige Maß zu halten, muß, wie auf allen Lebensgebieten, so auch im Rechtsleben, die ureigene diskretionäre Befugnis des einzelnen Menschen sein. Und auch das lernt er durch das Denken.